جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق

# تكيّيف العقد

في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون
فرع العقود و المسؤولية


من إعداد الطالبة:
بلبشير هجيرة

تحت إشراف الأستاذة:
الدكتورة محمدي-زواوي- فريدة


أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة الدكتورة: موالك بختة ........................................ رئيسا

الأستاذة الدكتورة: محمدي - زواوي- فريدة ........................................ مقررا

الأستاذ الدكتور: عبد الله نجاري ........................................ عضوا

السنة الجامعية: 2013/2012

بسم الله الرحمن الرحيم

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى العائلة المصونة ،

إلى كل من يتحدى الصعاب و يتفاءل إلى الأحسن،

إلى كل من يمد يد العون،

إلى كل طالب علم،

فاللهم علمنا ما ينفعنا و انفعنا بما علمتنا،

و الله ولي التوفيق.

هجيره بلبشير

# إسداء شكر

الحمد و الشكر لله عز و جل أولا و آخرا،

و إلى كل من كان لي سندا في أحوج الأوقات،

إلى الأستاذة الدكتورة محمدي فريدة على قبولها الإشراف على عملي المتواضع و على كل ما أمدتني به،

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة،

و إلى كل أساتذتي الأفاضل عبر كل مراحل دراستي،

أقول لهم شكرا جزيلا.

هجيره بلبشير

# قائمة المختصرات

## 1. المختصرات باللغة العربية:

ب ب ن: بدون بلد النشر

ب ت ن: بدون تاريخ النشر

ب ت م: بدون تاريخ المناقشة

ت إ م إ: تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري

ت إ م: تقنين الإجراءات المدنية الجزائري

ت أ: تقنين الأسرة الجزائري

ت ت: تقنين تجاري الجزائري

ت م: تقنين مدني الجزائري

ت ع: تقنين العقوبات الجزائري

ج ر: جريدة رسمية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية)

دج: دينار جزائري (العملة الوطنية)

ص: صفحة

ط: طبعة

ج: جزء

م: السنة الميلادية و هو التقويم المعتمد في حالة ذكر التواريخ في هذا البحث

موفم: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية

هـ: السنة الهجرية

## 2. المختصرات باللغة الفرنسية:

OPU : Office de publications universitaires

LGDJ : Librairie générale de droit et de la jurisprudence

RDC : Revue des contrats

OP CIT : Ouvrage précité

N° : Numéro

T : Tome

Ed : Edition

# مقدمة

تعد نظرية العقد من أهم نظريات التقنين المدني الجزائري، تدخل ضمن باب مصادر الالتزام التي تتضمن القواعد العامة لنظرية العقد والقواعد الخاصة ببعض العقود، وأقر مجموعة من المبادئ لها أثر على التصرفات القانونية. وباعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين واستنادا إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تقوم على أساس ما للإرادة من سلطان فهي تقيّد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه، كما تلزم القاضي كذلك، وإن كان الفقه الحديث يرى ضرورة إضفاء نوع من المرونة عليهما حتى يتكيفا مع مستجدات الحياة المعاصرة.

و في حياتنا اليومية؛ تتعدد التصرفات التي يبرمها الأشخاص تلبية لمتطلباتهم، وتتنوع بين بيع؛ شراء؛ إيجار ونحوها، والوسيلة في ذلك هي العقد الذي ينعقد بتطابق الإيجاب والقبول مطابقة تامة في كل المسائل التي تناولها الإيجاب سواء كانت مسائل جوهرية أو مسائل ثانوية. و للمتعاقدين الحرية في تحديد محتوى العقد خصوصا أنه لا يشترط أن يكون العقد مسمى حتى يكون صحيح، لأن حتى و إن كان غير مسمى يمكن أن يكون صحيح ومرتبا لآثار قانونية ما دام لا يخالف النظام العام والآداب.

و تتمثل وظيفة القاضي الأساسية في السهر على تطبيق القانون، من خلال ضرورة الفصل في مختلف النزاعات التي تعرض عليه، خصوصا تلك المتعلقة بالكم والكيف الهائل من العقود. و يظهر هذا التنوع من خلال تنوع الالتزامات التي يتضمنها العقد والتي تقع على عاتق الأطراف المتعاقدة، وهذه الأخيرة بدورها يختلف مركزها باختلاف مجالات التعامل ومن حالة إلى أخرى. و هكذا قد تكون العقود بسيطة أو مركبة، كما قد تتجاور في هذا الأخير عدة عمليات في عملية واحدة أو تمزج عدة أحكام في عقد واحد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقا لمصالح المتعاقدين. حيث لا أحد يراعي التوازن العقدي أكثر من المتعاقد ذاته الذي يكون شديد الحرص على مصالحه حسب أنصار هذا المبدأ، إلا أن هذا الحرص يمكن أن يبالغ فيه ويؤدي إلى نتائج مغايرة لتلك المقررة قانونا. و من هنا تظهر ضرورة القيام بتكيّيف العقود خصوصا محل النزاع منها، من أجل تحديد الأحكام القانونية التي تحكمها.

و يكون من الضروري رسم الحدود التي يسري عليها القاضي لضمان التطبيق السليم للقانون من ممارسته لعملية التكيّيف، و السعي إلى عدم تضارب الأحكام القضائية و تحديد توجه المحكمة العليا وخصوصا أن احتمال ظهور علاقات تعاقدية جديدة و ذات طبيعة خاصة كبير، و محاولة إدخال أي عقد ضمن إطار معين و تحديد القواعد القانونية المناسبة له أمر في غاية من الأهمية.

و صعوبة عملية تكيّيف العقد تكمن في أن معظم العقود التي يبرمها الأشخاص يغلب عليها الطابع الذهني حسب ما يتماشى ومتطلباتهم المشروعة قانونا ويلتزموا بما أرادوا، هذا ما قد يسبب تغيّير في طبيعة العقد الموجودة والمعروفة من قبل أو تلك المألوفة بين الناس. فيجد القاضي نفسه بين مبدئي سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد خاصة في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة تسمية لا تتماشى مع مضمون العقد، وبين ضرورة قيام القاضي بتكيّيف العقد وفقا للقانون الأمر الذي يؤدي في حالات معينة إلى إضفاء أوصاف تختلف عن تلك التي أطلقتها الأطراف المتعاقدة على علاقاتهم العقدية وترتيب آثار مختلفة، لذلك يجب إبراز ما إذا كان هذا يشكل مساسا بالقوة الملزمة للعقد أم أن العبرة بالقانون لا غير، ومدى تأثير التقيّيد بالطلبات والدفوع التي يتمسك ويدفع بها كل خصم بشأن التصرف محل النزاع. والأوصاف التي يطلقها المتعاقدان على العقد قد تكون من الأوصاف التي تناولها المشرع من خلال تسميتها وتنظيم مختلف أحكامها، كما يمكن أن لا تكون من بين هذه الأوصاف التي حظيت باهتمام من المشرع بل تعود الأشخاص على إطلاق بعض الأوصاف على أنواع معينة من العلاقات والمعاملات التي يرتبطون بها مع غيرهم دون أن يخصها المشرع بتنظيم خاص بها، وإن كانت إمكانية إدراج تنظيم خاص بهذه الأوصاف وتبنيها ضمن النصوص القانونية أمر غير مستبعد.

بالرغم من الاهتمام الكبير الذي حضي به العقد إلا أن نصيب عملية تكيّيفه كان ضئيل، حيث اكتفي البعض بالإشارة إليها في بعض كتب مصادر الالتزام. الأمر الذي استدعى تناول تكيّيف العقد بصفة خاصة، و يتم ذلك في إطار التقنين المدني[1] باعتباره الشريعة العامة وبعض التقنينات الأخرى التابعة للقانون الخاص مع الاستعانة بالاجتهادات القضائية. وبالنظر إلى نشاط القضاء، يتبيّن أن عملية تكيّيف العقد تدخل ضمن سلسلة من الخطوات يسير عليها القاضي ليتوصل إلى تحديد القواعد القانونية المناسبة، لضمان حل قانوني وعادل للنزاع. فيقوم القاضي بالتقدير؛ التفسير، التعديل وغيرها، وفقا لما هو محدد في النظرية العامة للعقد، حيث لا يلجأ إليها بصفة آلية و دائمة وضمن إطار مضبوط، فكيف يكون الوضع بالنسبة لعملية تكيّيف العقد قبل و بعد صدور النص القانوني الخاص بها. و لذلك يتم الاعتماد على القضاء لاستخلاص مجمل المعالم التي تحدد و تضبط عملية التكيّيف باعتبار أن تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية اشتمل على نص واحد متعلق بالتكيّيف. و يلاحظ أن القرارات القضائية في

---

[1]– بالرجوع إلى التقنين المدني كونه الشريعة العامة و بالضبط في المادة 09 منه المتضمنة كلمة "التكيّيف" التي يقصد بها تكيّيف العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهذا يتعلق بالقانون الدولي الخاص المستبعد من هذه البحث.

هذا الشأن تتضمن مصطلح التكيّيف القانوني الصحيح، وتارة مصطلح الوصف القانوني الصحيح، وتارة أخرى تجمع بينهما.

و انطلاقا مما تقدم يمكن صياغة الإشكالية الموالية:

**هل يتطلب تكيّيف العقد آليات معينة يمكن الاستناد إليها من أجل تحديده؟**

إن الحديث عن موضوع تكيّيف العقد يتطلب تناول عدة نقاط تنبثق من الإشكالية السابقة، حيث تتجلى ضرورة البحث في ماهية تكيّيف العقد من خلال ضبط مفهومه وتمييّزه عما يمكن أن يتداخل به، وتحديد دور القضاء ومختلف القواعد والضوابط التي تسير عليها هذه العملية خصوصا في ظل غياب نص قانوني، و بماذا جاء النص القانوني المخصص للتكيّيف. إضافة إلى البحث في المعايّير التي تستند إليها عملية تكيّف العقد من أجل الوصول إلى التكيّيف القانوني الصحيح.

و لمعالجة مضمون هذه الإشكالية وبناء على ذلك يقسم الموضوع إلى فصلين، يخصص الأول لماهية تكيّيف العقد، والثاني للمعايير التي يمكن الاعتماد عليها في عملية تكيّيف العقد.

و من أجل التفصيل في هذا الموضوع يتم إتباع المنهج الوصفي والمنهج التحليلي مع الاستعانة بالمنهج المقارن في الحدود التي تقتضيها الدراسة الحالية.

و يتم معالجة مختلف النقاط المثارة سابقا وفق الخطة الموالية:

**الفصل الأول: ماهية تكيّيف العقد**

**المبحث الأول: ضبط مفهوم تكيّيف العقد**

**المطلب الأول: المقصود بتكيّيف العقد**

الفرع الأول: تعريف التكيّيف القانوني

الفرع الثاني: أنواع التكيّيف

**المطلب الثاني: تميّيز عملية التكيّيف عن الأنظمة القانونية المتعلقة بالعقد**

الفرع الأول: ضبط سلطة التكيّيف عن باقي سلطات القاضي

الفرع الثاني: ضبط عملية تكيّيف العقد وما يشتبه بها

الفرع الثالث: ضبط التكيّيف غير الصحيح وما يشتبه به

**المبحث الثاني: ترسيخ دور القضاء في عملية تكيّيف العقد**

# الفصل الأول:

# ماهية تكيّيف العقد

## تمهيد:

نتج عن تنامي العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتنوعها تزايد النزاعات المطروحة على القضاء وبالتالي تتنوع القواعد القانونية وتتزايد مسايرة لحركة المجتمع. وسعيا إلى العدالة القانونية يكون القاضي مكلف بتطبيق القانون والفصل في النزاع المعروض عليه. هذه العدالة تتجسد في الأحكام والقرارات القضائية التي يصيغ فيها القاضي النتيجة المتوصل إليها بعد سلسلة من الخطوات. وتتشابه هذه الأحكام والقرارات وبالتحديد لما تتشابه القضايا، الأمر الذي يدل على تشابه المسلك الذي يسير عليه القاضي والمؤدي إلى النتيجة المحققة. حيث الوصول إلى نتائج واحدة في قضايا متشابهة يعود بطبيعة الحال إلى سلك القضاة على اختلافهم الشخصي والوظيفي لمسلك يوصله إلى حل قانوني، ويمكن لغيره من القضاة، أو حتى لغير القضاة من رجال القانون أن يصل إلى نفس النتيجة، هذا المسلك يتمثل في عملية التكيّيف. وأمام العمل الكبير الملقى على عاتق القاضي لحل النزاع، والذي يكمن في المراحل العديدة والمختلفة التي يمكن أن تجتمع معظمها في قضية واحدة، فإن صعوبة تميّيز عملية تكيّيف العقد عن باقي هذه الخطوات والمراحل تظهر بصورة آلية، الأمر الذي يتطلب ضرورة ضبط مفهوم التكيّيف. فما هو المقصود بتكيّيف العقد؟ وهل يمكن تميّيز عملية تكيّيف العقد عن باقي العمليات سواء التي تتداخل معه أو تلك المرتبطة والمتعلقة بالعقد؟

وباعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين وفقا للمادة 106 من التقنين المدني، واستنادا إلى مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يقوم على أساس ما للإرادة من سلطان حيث تقيّيد أصحابها وتلزمهم بما ارتضوه من جهة، كما تلزم القاضي من جهة أخرى. والقاضي هنا بصفته قاضي الموضوع المتواجد على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، وقاضي القانون المتواجد على مستوى المحكمة العليا الملزم بالفصل في النزاع وفقا للقانون وإلا انحرف عن مسار العدالة القانونية، لذلك ما هو دور القضاء في عملية تكيّيف العقد؟ وكيف يكون ذلك؟

لذلك سوف نتناول في هذا الفصل ضرورة ضبط مفهوم تكيّيف العقد (المبحث الأول)، ودور القضاء في عملية تكيّيف العقد (المبحث الثاني).

# المبحث الأول: ضبط مفهوم التكيّيف

يقتضي الحديث عن مفهوم تكيّيف العقد، تحديد المقصود منه بالتعرض إلى مختلف المعاني والدلالات التي يمكن أن تحملها هذه الكلمة أمام شاسَعة الحقل القانوني وثراءه اللغوي، والوقوف عند المعنى القانوني. وحتى يتضح معنى تكيّيف العقد يستوجب تميّيزه عن ما يمكن أن يتداخل معه، لأن غالبا ما يختلط مع غيره من المفاهيم وباقي الأنظمة القانونية الشبيهة به والمتعلقة بالعقد.

## المطلب الأول: المقصود بتكيّيف العقد

يعتبر تحديد المقصود بتكيّيف العقد بمثابة رسم الحدود التي يسير عليها تحليل هذه العملية، فإن لكلمة التكيّيف استعمالات في مختلف المجالات وبعدة معاني، فما هو مدلولها القانوني؟ و يتطلب تحديد المقصود من تكيّيف العقد التوقف عند معنى التكيّيف عامة ثم عند تعريف تكيّيف العقد (الفرع الأول)، مع تحديد أنواعه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف التكيّيف القانوني

للتكيّيف مدلول شامل يستغرق عدد من المدلولات؛ نتعرض لبعض منها لإزالة الغموض الذي يمكن أن يتصور في بعض الحالات من أجل الاستيعاب الجيّد لمدلوله، من خلال التعريف بهذه العملية (أولا)، والتوقف عند مدلول التكيّيف المتعلق بالعقد (ثانيا).

#### أولا: التعريف بعملية التكيّيف

الواقع أن تحديد الوصف القانوني الملائم للعلاقة القانونية مسألة مقررة قبل أن يطبق القاضي القانون المختص على الوقائع محل النزاع سواء في القانون الداخلي أو الدولي[1].

[1]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 88.

ومصطلح التكيّيف[1]، تتعدد استعمالاته فنجده في مختلف الفروع القانونية، في الجنائي[2]، والدولي الخاص[3] وغيره.

يعتبر التكيّيف عملية ذهنية لازمة لإعمال القانون[4]. فهو إعمال القاعدة القانونية وإرساؤها على ما يثبت من الوقائع بوصفها وإبرازها كعناصر وشروط للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها[5]. وبعد عملية التطابق بين الواقع والقانون؛ يصل القاضي إلى نتيجة يتم فيها ربط تصرف؛ عقد قانوني؛ حالة قانونية أو وقائع قضية، بمدلولها أو فئة قانونية موجودة مسبقا[6]. فالتكيّيف عموما نهج فكري يرتكز على ربط واقع معين بمفهوم قانوني مجرد، من طرف سلطة مختصة من أجل أن يطبق عليها

---

[1]– أقر مجمع اللغة العربية المصطلح التكيّيف وهو طبيعة المسالة التي تتازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد، فتناوله من الناحية القانونية؛ بالتحديد من زاوية القانون الدولي الخاص.

[2]– يفيد مصطلح التكيّيف في القانون الجنائي تحديد وصف الفعل الذي ارتكبه الشخص إن كان سرقة أم اختلاس لتعيين نوع الجريمة ووصفها القانوني سواء مخالفة أو جنحة أو جناية. وللتكيّيف دور في المجال الجنائي، حيث قضت المحكمة العليا أنه إذا تبين لغرفة الاتهام أن الوقائع تحمل وصفا قانونيا غير الوصف المعطى لها فإنه يجب عليها إعطاءها التكيّيف القانوني الصحيح، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. المجلة القضائية، سنة 1993، عدد03، ملف رقم77746، قرار بتاريخ1990/01/80، قضية النائب العام لدى مجلس قضاء تيارت ضد (م م)، ص264. والتكيّيف في المواد الجنائية يتضمن تكيّيف الواقعة وتكيّيف الجريمة فتكيّيف الواقعة يعني إسباغ تكيّيف ما على واقعة محددة أما تكيّيف الجريمة فيعني تصنيف الجريمة في إطار التقسيم الثلاثي للجرائم، جناية، جنحة ومخالفة. محمد علي سويلم، التكيّيف في المواد الجنائية؛ دراسات تحليلية تأصيلية وتطبيقية مقارنة بآراء الفقه وأحدث أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005، ص 17.

[3]– التكيّيف عملية أولية سواء في القانون الداخلي أو الدولي، غير أن في القانون الدولي الخاص يسمح بوضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية المقررة في قانون القاضي تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختص بالنزاع، وقد اختلف الفقه على ماذا ينصب عليه التكيّيف. راجع، زروتي الطيب، نفس المرجع.

لكن المشكل في القانون الدولي الخاص ليس مشكل التكيّيف في حد ذاته وإنما هو مشكل التنازع في التكيّيف لأن القضية المطروحة على القاضي لها علاقة بقوانين عدة دول. راجع أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج01، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، ط11، 2009، ص75– 95.

[4]– أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني– ماهيتها وضوابطها وتطبيقها، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص ص 350 – 444.

[5]– أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، مقالة منشورة في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1957، السنة السابعة، ع 01 و02، ص 59.

[6] – « Fait de rattacher un acte juridique, les fait d'une affaire ou une situation juridique à un concept ou une catégorie préalable existants »، ابتسام القراح، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998، ص231.

نظامها. وعملية التكيّيف المحددة على هذا النحو تنطلق من الواقع لكي تعود إليه من أجل تنظيمه[1]. بغض النظر إن كانت الآثار المراد تحقيقها فعلا مشروعة أم لا، فتلك مسألة أخرى غير التكيّيف[2].

وذهب جانب من الفقه[3] إلى القول أن التكيّيف هو: " أن يقوم القاضي برد الواقع المعروض عليه إلى حكم القانون، فيكون تكيّيف العقد هو إعطاء اسم قانوني يستتبع ترتيب آثار معينة ". إلا أن هذا التعريف لم يبين لنا كيفية رد الواقع إلى حكم القانون وهو جوهر التكيّيف، وإن كان تسمية العقد تدخل ضمن عملية تكيّيف العقد.

## ثانيا: التعريف بتكيّيف العقد

يظهر اختلاف الفقه في تعريف تكيّيف العقد من خلال ما يرتكز عليه كل تعريف وما تم الاستناد إليه في صياغته، ويظهر ذلك كما يلي:

يعرف جانب من الفقه تكيّيف العقد على أنه إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود، هل هو عقد بيع أو إيجار أو هبة أو مقاولة ؟ [4]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يعرف تكيّيف العقد بأنه تعيّين نوع العقد من بين العقود المسماة، والتي خصها المشرع بتنظيم معين تحت تسمية معينة، إن كان عقد بيع، أو عقد إيجار، أو عقد مقايضة أو عقد عارية[5].

ويلاحظ على التعريف الأول، أنه لم يدقق في المقصود بنوع العقد، إلا انه أتبع بأمثلة توحي إلى العقود المسماة. وفي موضع آخر –في صدد تعرض المؤلف لتقسيم العقود– تم تقسيم العقود من

---

[1]- J. Ghestin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3$^{e}$ éd, LGDJ, DELTA, paris, 1993. n°52, p 64.

محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكيّيف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982، ص 102-103.

[2]- عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض وتعديل المعاملات، دراسة تفصيلية لمدى سلطة القضاء في الخروج على مبدأ سلطان الإرادة بإلغاء أو تعديل الأعمال الإرادية للخصوم، ب د ن، 1994، ص 17.

[3]- عبد المنعم حسنى، طرق الطعن في الأحكام،1975، ص587، نقلا عن محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص59.

[4]- محمد صبري السعدي، في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، ط 04، 2009، ص 290.

[5]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 395.

حيث تكيّيفها إلى عقود بسيطة وعقود مركبة[1]. أما التعريف الثاني لتكيّيف العقد ركز على التقسيم القائم على فئة العقود المسماة، وما تتضمنه من عقود دون غيرها. وكأن هذا التعريف قائم على النتيجة التي يتوصل إليها التكيّيف، والمتمثلة في تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد. وما دام أن القواعد التي ستطبق على العقد محل التكيّيف هي في الأصل قواعد متعلقة بالعقود المسماة، بالتالي تكيّيف العقد يتعلق بهذه الفئة من العقود. حيث لم تتم الإشارة إلى فئة العقود غير المسماة بتنوعها وتركبيها، والتي قد تطرح صعوبات عملية بشأن تطبيق القواعد القانونية حيث لم تدخل ضمن فرضيات عملية التكيّيف.

ويظهر أن كلا من التعريفين اعتمدا على جزئية معينة على حساب باقي ما يتصل بالعقد وما يتميّز به، كون العقود يمكن أن تكون بسيطة، مركبة، مسماة أو غير مسماة، وهنا تكمن الصعوبة.

وباعتبار أن تكيّيف العقد عمل ذهني تقوم به السلطة المختصة في نهج فكري يأخذ شكل القياس[2]، يتم في مرحلتين[3]:

- ✓ يجب أولا، إبراز أهم ما يميّز العقد المنظم قانونا كنقل الملكية والثمن بالنسبة للبيع، تمكين من الانتفاع وبدل الإيجار بالنسبة للإيجار وغيره.
- ✓ ثم مقارنة العقد محل التكيّيف بما هو وارد في القواعد القانونية؛ والتأكد من التطابق بين ما هو مفترض في القاعدة القانونية وما هو موجود في العقد محل التكيّيف، ويلحق العقد بفئة معينة ويخضع لنظامها القانوني.

ولكن الأمر ليس بهذه السهولة، فأمام تنوع العقود المسماة وتميزها عن العقود غير المسماة، تظهر عدة صعوبات مرتبطة بالتكيّيف. في بعض الأحيان نتردد في إيجاد النظام القانوني المناسب بين مختلف الصيغ التعاقدية الموجودة. وأحيانا أخرى نتساءل هل نحن في إطار عقد مسمى أم

---

[1]– محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص ص 51 – 53.

[2]– F. Terré,L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse,paris, LGDJ,1957,p2.

[3]– Pascal PUIG, Contrats spéciaux, Dalloz, 2e édition, 2007, p 20 et 21. Et Philippe Malaurie et Laurent Aynés et pierre-yves Gauthier, Droit civil, les contrats spéciaux, Defrénois, 2e édition, 2005, n° 07,p 07.

بمحاذاته فقط، وبالتالي نكون خارج مجال تطبيق هذا النظام[1]، لأن التكيّيف هو إعطاء وصف قانوني للعقد يغلب فيه المضمون عن التسمية[2].

فتكيّيف العقد هو تحديد نوع العقد من بين العديد منها[3]، مما يسمح بإدخاله ضمن فئة معينة من أجل أن تطبق عليه الأحكام القانونية المناسبة بالطريقة المناسبة، بالاستناد إلى عناصر معينة بضوابط محددة، لضمان التطبيق السليم والصحيح للقانون، دون الانحراف عن الغرض المشروع للمتعاقدين وسعيا إلى هدف التكيّيف المتمثل أساسا في تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد محل التكيّيف، واختيار الطريقة والكيفية المناسبة لتطبيق هذه الأحكام مع مراعاة تأثير مختلف العناصر المكونة للعقد مع بعضها البعض، بدون التمادي في إقصاء بعضها على حساب البعض الآخر، وبالتالي المساس بإرادة الأطراف المتعاقدة والانحراف عن القانون بطريقة أم بأخرى. وأن التوصل إلى القواعد القانونية التي تحكم العقد والموجودة مسبقا لا يعني بالضرورة أن العقد مسمى، قد تنتمي هذه القواعد إلى فئات قانونية مختلفة ما يستوجب اختيار الطريقة المناسبة لتطبيق القواعد القانونية دون أن يكون العقد مسمى.

هكذا فإن تكيّيف العقد يشمل تعيّين نوع العقد هل هو من بين العقود المسماة، وبالتالي تعيّين نوعه وصنفه، أو هو من بين العقود غير المسماة التي لم تحض بتنظيم وتسمية خاصين بها من طرف المشرع. حيث يجب التدقيق والحرص في تحديد ذلك لأنه يمكن أن يظهر العقد للوهلة الأولى أنه ضمن فئة العقود غير المسماة، سواء بالنظر إلى تسميته أو إلى تركيبته، وما يحتويه من عناصر، إلا انه وبعد التمعن فيه وتحديد مقوماته يظهر أنه يمكن إلحاقه بأحد العقود المسماة وتطبيق أحكامه

---

1- Jerome Huet, Traite du droit civil,Les principaux contrats spéciaux, LGDJ,Paris,1996,n°11,p20.

2- خليفة الخروبي، القانون المدني، العقود المسماة (الوكالة-البيع والمعاوضة-الكراء-الهبة)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010، ص14.

3- Jean-Francis OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux, Thèse de Doctorat en droit, LGDJ, Paris, 1969, p 15.

عليه[1]. أما إذا استحال إلحاقه بأي واحد من فئة العقود المسماة فإنه يعتبر عقدا غير مسمى ينبغي البحث عن القواعد القانونية التي تحكمه أو التي تكون مناسبة التطبيق عليه.

ويتطلب تكيّيف العقد تعيّين التركيبة التي تشكله، إن كان العقد بسيطا يتكون من عقد واحد ذي نظام قانوني متجانس، أو عقد مركب يتكون من عدة عقود ذات أنظمة مستقلة. وبذلك يجب مراعاة مختلف التأثيرات التي يمكن أن تحدث بين مختلف مكونات العقد ومراعاة إمكانية إتحادها، أو عدم إمكانية ذلك والاكتفاء بالترابط فيما بينها، حتى تتحدد طريقة تطبيق القواعد القانونية عليه.

ويتمثّل الغرض من تكيّيف العقد في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له في مجمل آثاره، سواء تلك القواعد القانونية التي تطبق رغما عن إرادة المتعاقدين والمتمثلة في القواعد الآمرة، أم تلك التي تعتبر تكميلا لإرادتهما والمتمثلة في القواعد المكملة، في حالة عدم التطرق لمسألة من المسائل التفصيلية المتعلقة بالعقد، سواء عن قصد أو عن غير قصد[2]. فتتحدد الطبيعة القانونية للعقد، وتعطى تلك الآثار المترتبة عنه الوصف القانوني الصحيح، تمهيدا لإنزال حكم القانون عليها[3].

فهذا هو المقصود بالتكيّيف، وأهميته تتسع باتساع مجاله، حيث يظهر أنه أوسع من أن يشتمل فقط التعارض بين العقد المسمى والعقد غير المسمى، ليصل إلى شمول نموذج واحد من العقود على عدة متغيرات تستجيب كل واحدة منها لنظام قانوني خاص[4]. فالصعوبات ترتكز أساسا على العلاقات التعاقدية المركبة التي تخلق تنازع التكيّيفات[5].

[1]- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة–البيع؛ التأمين؛ الإيجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2007، ص10.

[2]- محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 291.

[3]- شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2004–2005، ص 117.

[4]- J . Ghestin et autres, Traité de droit civil, les effets du contrat, op cit, n°53, p 66.

[5]- Paul- Henri Autonmattu, Jacques Raynnaud, Droit civil, contrats spéciaux, 4éd, litec, 2004, n°5, p 4.

## الفرع الثاني: أنواع التكيّيف

يختلف نوع التكيّيف باعتباره عملية فنية ذهنية باختلاف صفة القائمين به، فيوجد التكيّيف الفقهي (أولا)، التكيّيف التشريعي (ثانيا)، والتكيّيف القضائي (ثالثا). فبماذا يتميز كل نوع عن الآخر؟ وما هي الآثار المترتبة عن ذلك؟

### أولا: التكيّيف الفقهي

إن التطور الهائل والسريع الحاصل في مختلف مجالات الحياة، وخصوصا التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، يدفع بالأشخاص إلى القيام بتصرفات دعت الحاجة إليها تماشيا مع هذه التطورات، فتنشأ عقود جديدة لاحتواء هذه التصرفات. ومن مهام رجال القانون وخاصة الباحثين منهم الذين يشكلون الفقه القانوني، النظر في هذه العقود المستحدثة وأن يحاولوا إدخالها في نطاق العقود التقليدية أو حتى أقرب العقود إليها حتى تسري عليها أحكامها. وإن تعذر ذلك يتم إعطاء طبيعة خاصة للعقد المستحدث، مع إبراز المميّزات التي تسمح له بأن يكتسي طابعًا خاصًا مستقلاً بذاته، وإبراز ما يمنعه من إدراجه ضمن العقود المعروفة سابقا. فهذه العملية الذهنية الفكرية التي يقوم بها الباحثون باعتبارهم رجال قانون المتمثلة في محاولة إعطاء وصف ما لعقد ما، يعتبر تكيّيف فقهي. مثلا: عقد الوديعة[1]، عقد رضائي ينعقد بتوافق الإرادتين[2]، وهو عقدا ملزما لجانبين، حيث يكون كل متعاقد مدينا ودائنا في نفس الوقت نحو المتعاقد الآخر. وتعتبر الوديعة المجانية عقد ملزم لجانب واحد، لأن الالتزامات غير متقابلة في وقت إبرام العقد، وسماها الفقه بالعقود التبادلية الناقصة أو غير التامة لأن التزام المودع برد النفقات مصدره القانون فلا تخضع لأحكام العقود التبادلية.

والوديعة من العقود التي ترد على العمل، وهنا يتمثل في حفظ الشيء المودع ثم رده، خلاف عقد البيع الذي يترتب عليه نقل الملكية من البائع إلى المشتري. لكن قد يتداخل الأمر في بعض الحالات، مثلا: إذا قام مؤلف بإيداع عدد من نسخ مؤلفه لدى إحدى دور النشر لتبيعها بثمن معين وتتعهد برد ثمنها إذا باعها؛ أو يرد له النسخ غير المباعة، فالاحتمال الممكن هنا بالنسبة لدار النشر

---

[1]- المادة 590 ت م: " الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه وأن يرده عينا".

[2]- عكس القانون الفرنسي، اعتبر عقد الوديعة عقد عيني عند نشأته حسب المادة 1919 من التقنين المدني الفرنسي.

هو إما أن يرد الشيء المسلم له وإما تأدية الثمن. في هذه الحالة **ذهب الفقه إلى** أن العقد لا يعد وديعة لأن الوديعة تستلزم رد الشيء عينا، وإنما **بيع معلق على شرط مقترن بوديعة**، فقبل تحقق الشرط لا يمكن أن يكون وجود الشيء تحت يد من تسلمه بمقتضى عقد البيع لأن الشرط لم يتحقق، أما إذا تحقق الشرط لا يكون من تسلم الشيء ملزما برده بسبب انتقال ملكيته. وإذا كان من تسلم الشيء سيقوم ببيعه لحساب من سلمه الشيء مقابل نسبة من الثمن فإن العقد يعد **وكالة بأجر**[1].

والتكيّيف الفقهي لا يلزم القاضي ولا المشرع بشيء، بل مجرد رأي لا يلزم سوى صاحبه. وإن كان –عمليا– للفقه الدور الرئيسي والكبير في توجيه المشرع والقاضي على حد سواء، للأخذ بموقف معين بدل من غيره. وباعتبار أن الفقه يتمتع بقدر كبير من حرية التفكير وتصور الفرضيات وتوقع النتائج والآثار من جراء هذه الفرضيات، فالمسألة هنا نظرية بحتة وسلبيات التطبيق منعدمة تمامًا.

ومع غياب التعريفات لمختلف العقود في أغلب التشريعات، يتزايد دور الفقه في تحديد مختلف التكيّيفات، ولما نقول الفقه يمكن أن يكون رأي واحد أجمع عليه، كما يمكن أن تكون عدة أراء ويتفاوت الاختلاف فيما بينها، حيث يرجح رأي ما عن باقي الآراء كونه الأكثر إقناعا أو أنه الأقل نقدا وتضاربا. والأمر هنا يتعلق بالفقه القانوني (في المجال القانوني)؛ وليس بالفقه الديني أو غيره[2]، فهذين الأخيرين مستبعدين من الدراسة الحالية وإن كان لهما تأثير على الحياة القانونية وتوجيهها.

---

[1]– محمد حسن قاسم، العقود غير المسماة، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2007، ص50.

[2]– فقهاء الدين يقومون بعملية التكيّيف الشرعي، فالتكييف الشرعي لأي عقد هو بيان الوصف الشرعي له أو بيان ما يمكن أن نضفيه شرعا عليه من أوصاف. وكلمة "شرعي" هي الصفة لكلمة تكيّيف وهو نسبة إلى الشرع، والشريعة بالمعنى الاصطلاحي هو ما شرعه الله تعالى لعباده من عقائد وحكام في شؤون الحياة كلها. صفية عبد العزيز الشرقاوي، التكيّيف الشرعي لشركات المضاربة الإسلامية الآثار المترتبة عليها، دكتوراه، ص 65. راجع المقصود بالتكيّيف الفقهي في هذا الإطار، مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكيّيف الفقهي للأعمال المصرفية المعاصرة؛ مفهومه وأهميته وضوابطه، العدل(مجلة)، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، سنة 1426هـ، ع 28، ص49. و الشريعة هي النظم والأحكام التي شرعها الله عز وجل أو شرع أصولها وكلف المسلمون إياها ليأخذوا أنفسهم بها في علاقتهم بالله تعالى وعلاقاتهم بالناس، قال تعالى مخاطبا رسوله صلى الله عليه وسلم:" *ثُم جَعَلنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الأمرِ فاتبِعهَا* " سورة الجاثية أية 18. والشريعة والشرعة بمعنى واحد، قال عز وجل:" لكُّل جَعَلنَا منكم شرعة ومنهاجاً" سورة المائدة أية 48. ومن الأمثلة عن اجتهاد الفقهاء بإعطاء تكيّيف شرعي لعقد ما عقد الاستصناع. والناظر في كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه يجد أن لفقهاء اختلفوا في تكيّيفه فمنهم من أجازه وجعله عقدًا مستقلا بذاته، ومنهم من أجازه وجعله منبثقًا عن عقدي البيع والسلم. أما حكمه الشرعي، فمنهم من جعله عقدًا ممكن الوجود حكم عليه بالجواز، ومنهم من جعله من قبيل بيع المعدوم حكم عليه بعدم الجواز.أنظر ناصر أحمد إبراهيم النشوى،عقد الاستصناع التكيّيف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

والتكيّيف الذي يقوم به الفقه هو تكيّيف غير قانوني، ليس أنه مخالف للقانون بل لأنه لم يتضمنه القانون في نصوصه ولا يلزم القاضي به. وهناك من فضل تسميته؛ أو أن يطلق عليه تسمية **تأصيل المسألة** لأن مصطلح التكيّيف مرتبط بصورة وطيدة بالقاضي والقانون أكثر من غيره. وإن كان التكيّيف الفقهي يصدق عليه المنطق القانوني، لكنه يندرج في مفهوم المنطق القانوني المجرد[1].

## ثانيا: التكيّيف التشريعي

نادرًا ما يقوم المشرع بتعريف مسألة ما، تاركا مهمة التعريف للنشاط الفقهي ولكنه عندما يتدخل تشريعيا بالتعريف، فيكون ذلك تكيّيفًا منه للمُعرّف. فيقصد بالتكيّيف التشريعي تلك الأوصاف التي يقوم المشرع بإعطائها لمسائل معينة في صلب التشريع. ومن بين هذه المسائل نذكر العقد، فيقوم المشرع بإعطاء وصف معين لهذا العقد، من خلال ذكر شروطه، أحكامه وتحديد القواعد القانونية التي تسري عليه في حالة حصول نزاع بشأنه.

فالتكيّيف التشريعي يقوم به المشرع بحد ذاته، باعتباره الشخص المكيّف، أما الأداة المكيّفة فهي التشريع في حد ذاته، إضافة إلى أن محل التكيّيف هي مسائل مختلفة من بينها العقود. ويتضمن التقنين المدني و التقنينات الخاصة الأخرى مجموعة من العقود التي يطلق عليها الفقه تسمية العقود المسماة التي خصها المشرع بتسمية وتنظيم خاص بكل نوع من مختلف النواحي، التكوين؛ التنفيذ وغيرها، نظرا لانتشارها في المعاملات اليومية. حيث تظهر أهمية تحديد التكيّيف القانوني للعقد في تحديد ما إذا كان العقد مسمى أو كان عقد غير مسمى لم يخصه القانون بقواعد معينة[2]. فإذا تبين أنه عقد غير مسمى يتم إخضاعه لقواعد النظرية العامة للعقد مقيدة بما قد يخصه من قواعد العرف. أما إذا كان عقدًا مسمى، فإنه يخضه أولا للقواعد القانونية والعرفية التي تخصه وتنظمه، ثم إن وجد نقص نرجع إلى القواعد القانونية العامة النسبية إذا وجدت، وأخيرًا للقواعد العامة المطلقة وفق النظرية العامة للعقد[3]. ويسعى القانون إلى ضمان عدالة معينة بين المتعاقدين باعتباره مثلا يميل إلى مراعاة جانب المتبرع فيحميه ويخفف من أعبائه، ويتشدد من المتبرع له. بينما يميل إلى تحقيق التوازن بين طرفي

---

[1]– محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة لتكيّيف الدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982، ص 123.

[2]– Paul– Henri Autonmattu et Jacques Raynnaud, Droit civil, contrats spéciaux, 4éd,litec,2004,p4.

[3]– عزت حنوره، نفس المرجع، ص ص19– 22.

عقود المعاوضة. وكذلك اعتبار العقد أنه فوري أو مستمر، حيث تظهر أهمية ذلك مثلا: في حالة فسخ العقد، حالة التوقف عن تنفيذ العقد، وتطبيق نظرية الحوادث الطارئة[1]. ففي حالة الفسخ، إذا كان فوري زالت الآثار التي نشأت عن العقد في الماضي والمستقبل، فالفسخ له أثر رجعي، أما إذا فسخ العقد المستمر بعد البدء في تنفيذه، فلا يكون للفسخ أثر بالنسبة لما تم تنفيذه. وكذلك من حيث التوقف عن تنفيذ العقد، فالعقد الفوري لا يتأثر مقدار الالتزام بسبب امتناع المتعاقدين أو أحدهما عن تنفيذ العقد طالما لم يصل الأمر إلى الفسخ، أما توقف تنفيذ العقد الزمني، فإن الأصل أنه يمنع قيام الالتزام المقابل لمدة التوقف. وأيضا في حالة نظرية الحوادث الطارئة[2]، حيث تعتبر العقود الزمنية المجال الطبيعي لتطبيقها، بينما لا يتسنى ذلك في العقود الفورية إلا حينما يكون تنفيذها مؤجلا يسمح بتغير الظروف[3]، والمشرع أغفل ذكر العقود المعنية واكتفى بوجود فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه وأن يحصل الحادث الطارئ خلال هذه الفترة[4].

---

[1]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص70-71. محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص ص70-71.

[2]- تم استحداث نظرية الظروف الطارئة سنة 1975 في القانون الجزائري وتعد انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد عكس المشرع الفرنسي الذي اكتفى ببعض الأحكام الخاصة مثل مراجعة الإيجار، فسخ بعض الصفقات مع التعويض أو بدونه. راجع جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1983، ص55-60.

[3]- وهناك من يعتقد اقتصار هذه النظرية على العقود الزمنية دون العقود الفورية ومنهم من يشترط في العقود الفورية أن تكون متراخية التنفيذ، جميلة بولحية، نفس المرجع، ص101. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، نفس المرجع، ص321. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005. ص235. عزت حنوره، نفس المرجع، ص30. حيث هناك اختلاف فقهي يتعلق بمجال نظرية الحوادث أو الظروف الطارئة، هناك من يقول أنها تقتصر على العقود التبادلية دون العقود الملزمة لجانب واحد، أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة،ع01، السنة40، ص217. وهناك من يرى أنها تشمل العقود التبادلية والعقود الملزمة لجانب واحد، عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، ج02، مصادر الالتزام، 1953، ص164. وهناك من استبعد العقود الاحتمالية لأن الإرهاق متوقع وأنه إذا ترخى تنفيذ العقد بخطأ من المدين فإنه لا يجوز تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فالمدين في هذه الحالة يتحمل تبعة تقصيره. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط02، 2005، ص111. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني-العقد والإرادة المنفردة، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،ط03، 2004، ص256. وهناك من يدفع بعمومية نص المادة فلا يمكن استبعاد العقود الاحتمالية، N.Terki, L'interprétation et le contrat international dans le code civil algérien, Revue de droit et pratique du commerce international, T 08, p O9.

[4]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص373.

يعود سبب لجوء المشرع إلى التكيّيف التشريعي في غالب الأحيان إلى وجود خلاف حاد ثار بين الجهات القضائية حول تحديد المعنى الذي قصده التشريع حول مسألة ما، أو حينما يلاحظ أن هناك فهم مخالف للمعنى المقصود من التشريع، أو بشكل يسلبه المعنى الحقيقي المراد منه، وإن ترك الأمر هكذا تضيع قيمة التشريع. لذلك تتدخل السلطة التشريعية وتبيين الحقيقة المقصودة من وراءه. ويستند التكيّيف التشريعي –بدون شك– في مشروعيته إلى السلطة التشريعية التي أصدرته[1].

## ثالثا: التكيّيف القضائي

التكيّيف القانوني يندرج ضمن مفهوم المنطق القضائي، فهو عمل قانوني إلزامي يقوم به القاضي بمناسبة طرح نزاع عليه، ويتجسد ذلك في التسبيب وجوهره هو دمج الواقع والقانون المنطبق عليه[2]. سواء في إطار القانون الخاص أو القانون العام، فتتعدى أهمية التكيّيف القانون الخاص ليشمل القانون العام، حيث أكد القضاء[3] على ضرورة تحديد القاضي طبيعة العقد وتكيّيفه القانوني الذي يعتبر الشرط الأساسي من أجل إثبات جريمة خيانة الأمانة وفقا لأحكام المادة 376 من ت ع.

وتنص المادة 29 ت إ م إ:"يكيّف القاضي...التكيّيف القانوني..." فالقاضي هو الذي يكون على علم بالقانون، والتكيّيف يتضمن عنصرا الوقائع والقانون، فإنه عملية فنية تستعصي على غير القاضي بالنظر إلى خبرته العلمية والعملية. لذلك ينطوي التكيّيف القانوني على عنصر الإلزام، فهو ملزم بحد ذاته كونه مفروض من المشرع، تنعدم إرادة القاضي في تقدير تكيّيف تصرف ما من عدمه.

تبدأ حياة التكيّيف لحظة عرض النزاع أمام القضاء سواء كان مختص أم غير مختص، فيشرع القاضي في ممارسة مهمته في التكيّيف القانوني، الذي هو حق ينفرد به وواجب يقع عليه.

ويعتبر القاضي العضو المكيف للعقد، وأداة التكيّيف هي وسيلة إجرائية تظهر في الحكم أو القرار القضائيين. أما محله فهو الواقع المتمثل في وقائع العقد وحيثيات القضية محل النزاع. ويكون سبب التكيّيف –دائما– هو الوصول إلى تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالعقد تطبيقا صحيحا؛ لذلك

---

[1]– محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص ص 126 – 127.

[2]– محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص ص 113 – 114.

[3]– المجلة القضائية، سنة1989، ع01، ملف 27105، بتاريخ1983/01/11، قضية(ح ع) ضد( ل م ن ع)، ص327.

يعتبر ضرورة حتمية للعمل القضائي. حيث يستمد التكيّيف مشروعيته من القانون ومن جوهر الوظيفة القضائية المسندة للسلطة القضائية. وبالتالي التكيّيف التشريعي قيد على القاضي بينما التكيّيف الفقهي توجيهي للمشرع واستئناسي للقاضي.

وباعتبار الوظيفة القضائية تتركب من سلطات يتمتع بها القاضي ومن عدة عمليات يمكن أن يخضع لها التصرف محل النزاع، فمن الضروري تميّيز التكيّيف عن بعض مكونات العمل القضائي.

## المطلب الثاني: تميّيز التكيّيف عن الأنظمة القانونية المتعلقة بالعقد

إن تميّيز التكيّيف عن باقي الأنظمة ذات الصلة أمر في غاية الأهمية. وباعتبار أن التكيّيف لم يأخذ ما يستحقه من اهتمام شراح القانون المدني، وأغفلوا دوره في مجال الالتزامات، فإن البعض الذين تعرضوا له لم يعتبروه موضوعا مستقلا بذاته يستحق دراسة خاصة، وإنما أشاروا إليه في ثنايا دراسة تفسير العقد، أو تحديد مضمونه متبعين في ذلك تسلسل معين لإثبات منطق معين. لذلك يجب إبراز أهم ما يتميّز به التكيّيف بالمقارنة مع غيره من الأنظمة القانونية التي لها أو يمكن أن تكون لها علاقة به، الشيء الذي يسمح بإبرازه كموضوع مستقل له معالمه التي تحدده. فهل يمكن إبراز ما تتميّز به عملية تكيّيف العقد عن باقي الأنظمة الشبيهة به رغم تعددها، ترابطها، تكاملها وتسلسلها؟

سيشمل هذا المطلب أهم أقطاب التميّيز، من خلال ضبط سلطة التكيّيف وبعض سلطات القاضي (الفرع الأول)، ضبط عملية تكيّيف العقد وما يشتبه بها(الفرع الثاني)، ثم ضبط التكيّيف غير الصحيح (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: ضبط سلطة التكيّيف عن بعض سلطات القاضي

نظرا للتسلسل القائم بين عدد من السلطات التي يمكن للقاضي أن يباشرها أثناء عمله القضائي، فإن الأمر يستدعي ضبط سلطة تكيّيف العقد بتميّيزها عن سلطة التقدير(أولا)، تفسير العقد ( ثانيا)، وتكيّيف الدعوى ( ثالثا).

## أولا: التكيّيف وسلطة القاضي التقديرية

السلطة التقديرية تدخل ضمن نشاط القاضي[1]، الأمر الذي يستدعي تميّيزها عن سلطة التكيّيف. ومفاد سلطة التقدير هو أن تخول للقاضي صراحة حرية التقدير أو الاختيار في شكل العمل القضائي أو مضمونه، حسب ما يتضمنه القانون الإجرائي والموضوعي[2].

ويظهر ارتباط عضوي بين التكيّيف والتقدير، باعتبار أن القاضي هو القائم بهما. فلما يطرح عليه نزاع يجمع بين العمليتين، حيث ينصبان على وقائع الدعوى وأدلتها وهما مكملان لبعضهما، إذ لا يمكن للقاضي مباشرة التكيّيف قبل إجراء التقدير باعتبار أن العمل القضائي عمل تتابعي مركب[3].

وبالنسبة لمادة السلطة التقديرية المتمثلة في نشاط القاضي ووقائع النزاع والقاعدة القانونية أو أدوات الصياغة القانونية بأشكالها المختلفة، هي نفس الأدوات بالنسبة للتكيّيف القانوني. وكلاهما نشاط ذهني يرد على عناصر واحدة وهي الوقائع المعروضة على القاضي، وكلاهما يقوم به القاضي بمناسبة النظر في النزاع، مع ذلك فالفارق ينصب في الهدف من كل منهما، فالسلطة التقديرية تهدف إلى تهيئة النزاع لتلقي تكيّيف قانوني معين، لأنه لا يمكن إنزال التكيّيف القانوني بطريقة فجائية[4]. أما التكيّيف القانوني فهدفه يتمثل في تحديد القواعد القانونية التي تحكم عقد، بذلك فإن التكيّيف والتقدير وسائل وأدوات فنية يستخدمها القاضي في عمله، إلاّ أن كل منها تتصف بسمات تميّيزها عن غيرها.

اختلف الفقه في منح السلطة التقديرية للقاضي، حيث ذهب جانب منه إلى إنكار هذه السلطة على القاضي باعتباره مقيّد دائما بإرادة المشرع، وحتى في الحالات التي يقضي فيها طبقا للعدالة لا

---

[1]- السلطة التقديرية للقاضي في العمل القضائي تحتل مجال واسع سواء كان في المجال التعاقدي أو في المجال غير التعاقدي، إن كان في القانون الإداري، أو في القانون الجنائي، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو في القانون المدني وهذا الأخير تكون سواء في مجال المسؤولية المدنية أو في مجال العقد، وهنا يقتصر مجال المقارنة أو التميّيز على سلطة القاضي التقديرية في نطاق العقد. كذلك بالنسبة لسلطة التكيّيف.

[2]- محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص 135.

[3]- محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص ص 135-136.

[4]- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية،دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،2002، ص194و195.

يستمد الحكم من عنده بل من قاعدة موضوعية غير مكتوبة يبحث عنها في الضمير العام للجماعة. والراجح فقها هو منح القاضي هذه السلطة في نطاق معين[1].

إن عملية التقدير يعمل فيها القاضي فكره وعقله ومنطقه وتخضع لترجيحه و ملاءمته، فهذه العملية تتعلق بالواقع، ومن ثم لا تخضع دائما لرقابة المحكمة العليا[2]. هذا ما قضت به المحكمة العليا في عدة مرات، مثلا: في مجال تقدير التعويض جاء في قرار[3] صادر بتاريخ 1992/02/18 أن منح التعويضات المعنوية يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا. وكذلك القرار[4] الصادر بتاريخ 2001/02/14 الذي يعتبر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، ويكفيه أن يعاين الطابع التعسفي للتسريح، مع وجوب ذكر العناصر التي اعتمد عليها القاضي لتقديره التعويض[5].

وسلطة التقدير يمكن أن يمارسها القاضي بالرجوع إلى مرحلة التكوين والانعقاد وحتى التنفيذ والانحلال، أما التكيّيف يمارسه القاضي في مرحلة التنفيذ لما يثار نزاع حول طبيعة الالتزامات التي يلتزم بها كل طرف والتي تتحدد بحسب طبيعة العقد وصنفه. إضافة إلى أن التكيّيف قاعدة لابد منه، أما التقدير فهو استثناء يحدد القانون أين يتم منح سلطة تقديرية للقاضي[6].

---

[1]- محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص135. وراجع كذلك أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ماهيتها وضوابطه وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الأولى، 1988.

[2]- لكن هناك استثناء أين يخضع نشاط القاضي التقديري لرقابه المحكمة العليا، وتتساوى بذلك مع سلطة التكيّف ولكن مع ذلك فأساس الرقابة يختلف تمام الاختلاف مع التكييّف. لأن في التكيّيف يكون أساس خضوعه لرقابة المحكمة العليا كونها مسألة قانون، أما في سلطة التقدير نجد اعتبارات أخرى. راجع، محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص ص137.

[3]- نشرة القضاة، عدد 48، ملف رقم 78410، قرار بتاريخ 1992/02/18. ص ص 145.

[4]- المجلة القضائية، سنة 2002، عدد 01، ملف رقم 214574، قرار بتاريخ 2001/02/14، ص 195.

[5]- المجلة القضائية، سنة 2002، عدد01، ملف رقم 215762، قرار بتاريخ 2002/07/25، ص ص 279. إلا أنه يجب أن يكون التعويض المدني مناسبة للضرر فلا يكون مصدر إثراء أو تفقير وعلى القاضي أن يبين الوسائل المعتمدة عليها لتقدير التعويض. المجلة القضائية، سنة 1997، عدد 01، ملف رقم 109568، قرار بتاريخ 1994/05/24، ص 123.

[6]- سلطة القاضي التقديرية في نطاق العقد يمكن أن تشمل عدة محطات منه، انعقاده وانحلاله وكذلك العوارض التي تلحق تنفيذه. محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص143-145. مثلا الأصل في أداء اليمين يكون أمام الجهة القضائية وأن تغيّير مكان أداءها أو إلغاءها من اختصاص قضاة الموضوع حسب ما يرونه مناسب لضمان بلوغ النتيجة. المجلة القضائية، سنة 2002، عدد 01، ملف رقم 201440، قرار بتاريخ 2000/10/25، قضية (ر م) ضد (ر م)، ص 284.

رغم هذا التباين بين التكيّيف والتقدير واستقلال نطاقهما، إلا أن هناك ارتباط وثيق بينهما، فسلطة التقدير سابقة على التكيّيف والثانية مرتبطة بالأولى،لكن قد يقوم التكيّيف مباشرة دون التقدير[1].

## ثانيا: التكيّيف وسلطة تفسير العقد

التكيّيف لم يأخذ ما يستحقه من اهتمام شراح التقنين المدني، وإن أخذ حيزا في إطار دراسة تفسير العقد ضمن القوة الملزمة للعقد، حيث تم إغفال دوره في مجال الالتزامات.

ويقصد بتفسير العقد أو تأويله وصول القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إدا كانت العبرة بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة[2]. فالقاضي لما يعرض عليه عقد مدلوله غامض أو يشوبه شك، يكون أمام حالتين: إذا كانت العبارة واضحة فإنها تلزم القاضي والأطراف معا فلا يجوز تحريفها. أما إذا كانت العبارة غامضة[3]، فيجب تفسيرها للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين[4]. ومن الضروري الإشارة إلى أنه لا يجب الخلط بين عملية تفسير العقد وتطبيق واحترام القواعد القانونية التي تدير تأويل العقد حسب المادة 111 و112 من ت المدني[5].

إن الاختلاف الفقهي البارز يتمثل في هل أن التفسير سابق على التكيّيف أم التكيّيف هو السابق على التفسير؟ ونظرا للعلاقة الوثيقة بينهما، فيجب إبراز الحدود التي تفصلهما.

---

[1]- محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص ص 144-145.

[2]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 382.

[3]- لم يحدد المشرع المقصود بالعبارة الغامضة إلا أن الفقه والقضاء تمكنوا من حصر بعض حالات الغموض في: العبارة الملهمة، عبارة غير دقيقة أي تحمل أكثر من دلالة، الواضحة في حد ذاتها ولكن تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، تناقض مضمون بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد، إغفال المتعاقدين بعض التفاصيل. حليس لخضر، الإرادة بين الحرية والتقيّيد دراسة في نطاق القانون الخاص، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010-2011، ص 30.

[4]- إذا كان محل لتأويل العقد يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، فقضاة الموضوع استعملوا حقهم في تأويل العقد العرفي إذ ينص على مبلغين مختلفين لنفس النفقات. المجلة القضائية، سنة 1997، ع 01، القرار المؤرخ في 1997.07.23 ملف رقم 149300 قضية (ب أ) ضد (ورثة غ ب) ص ص 51-53.

[5]- تحرف الوقائع بتأويل عبارات واضحة لا تستدعي ذلك بخلاف ما تقتضيه المادتين 111 و112 ت م يعد انتهاكا للقانون واغتنام القاضي فرصة تأويل عبارات غامضة ليغيّر عبارات واضحة الدلالة، أو يعفي الأطراف من تنفيذها فيحصل التحريف في الواقع بالخروج عن إرادة المتعاقدين لا بالخروج عن حرفية النص كذلك انتهاك الأحكام المتعلقة بتأويل الشك أو تأويل عقود الإذعان، فيراقب قضاة القانون تأويلات قضاة الموضوع. أنظر فاطمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، 2004، كلية الحقوق، جامعة الجزائر. والمراجع المتعلقة بالنظرية العامة للعقد.

**أغلبية الفقه**[1] اعتبر مسألة تكيّيف العقد تدخل في ثنايا التفسير وتتعلق به. فمتى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين وفقا لقواعد التفسير، كيّفها بعد ذلك التكيّيف القانوني الصحيح، فالتكيّيف جزء داخل في عملية تفسير العقد[2]، فهو يلي التفسير ويقوم عليه. فعملية التكيّيف تستلزم تفسير إرادة المتعاقدين، إلا أنه إذا وجد في العقد شرطا يعطيه وصفا قانونيا فإن ذلك يؤثر على حرية القاضي في التفسير[3]. عكس التكيّيف فلا يتقيّد القاضي بالتكيّيف الذي يعطيه المتعاقدان للعقد وليس له أي أثر قانوني، فالأولوية الأخذ بالعناصر الداخلية للعقد. أما إذا خلا العقد من أي شرط يعطيه تكيّيفا ما، فإنه يجوز للقاضي أن يكيّف العقد بناءاً على عناصر خارجة عنه، طالما أن العناصر الداخلية للعقد لا تكفي لتفسيره. وهكذا يعتمد القاضي على هذا التفسير في تكيّيفه للعقد.

وهكذا فإن دور القاضي حسب هذا الرأي في التفسير يسبق دوره في التكيّيف ويرتبط به، وعلى ضوء ما ينتهي إليه في تفسيره لإرادة المتعاقدين، يتوقف عليه تحديد القواعد القانونية التي تحكم التصرف المبرم. وإن كان جانب من هذا الفقه[4] يقول أنه يمكن للتكيّيف أن يسبق التفسير أو العكس.

---

[1]- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 05، 2006. محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص275. خليل أحمد حسن قدادة، نفس المرجع، ص. العربي بلحاج، نفس المرجع، ص243- 246. محمد شريف عبد الرحمان، دروس في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج01، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المسؤولية العقدية، مكتبة النهضة المصرية، ط الأولى،1991، ص329. شريف الطباخ، نفس المرجع، ص154. محمد رياض دغمان، إلزامية العقد دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، طبعة 01، 2010، ص118. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد – دراسة مقارنة، ط الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 1997، ص117. عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في القوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص466. أحمد شوقي عبد الرحمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 04، 1987، ص. أنور سلطان، نفس المرجع، ص231-232. محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص607. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط 04، 1987، ص496. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المندي، ج01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2003، ص485. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1988، ص95. خليفة الخروبي، نفس المرجع، ص12 إلى 14. محمد حسن قاسم، نفس المرجع، ص12. وكذلك: J. Ghisten et autres, traite de droit civil, les effet du contrat, op cit, n° , P 85. et F. Terré, op cit, n° 12, P 101.

[2]- جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات-دراسة في قضاء التمييّز الكويتي والقانون المقارن، مجلة الحقوق، 1999، ع02، ص16.

[3]- أحمد شوقي عبد الرحمان، نفس المرجع، ص 329.

[4]- أحمد شوقي عبد الرحمان، نفس المرجع، ص 329.

أما **الجانب الأخر من الفقه**[1]، فإنه يرى أن مهمة القاضي في تكيّيف العقد تسبق دوره في التفسير حتى أن تكيّيف العقد يساعد على تأويله. حيث تتبين طبيعة التعامل وهذا يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي للعبارات الغامضة ويسمح بتحديد الغرض الخاص بهذه العملية القانونية.

ولكن التكيّيف ليس دائما قرين التفسير، وإنما هو مسألة أولية لازمة في جميع الأحوال سواء وضحت عبارات العقد وما خلعه المتعاقدان من وصف بما لا يحتاج إلى أي تفسير، أو غمضت تلك العبارات واحتاجت إلى تفسير. لأن التفسير لا يكون له محل إلا إذا غم المقصود من التعبير، بينما تكيّيف العقد يكون في جميع الأحوال.

كما أن القاضي لا يستطيع الانحراف عن مدلول العبارات الواضحة عن طريق تأويلها، للتعرف على إرادة المتعاقدين. حيث قررت المحكمة العليا[2] بتاريخ 2002/01/16 بأن نية المورث الموصى (ب ع) ترمي إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته، وبهذا لا يجوز المساس بالعقد أو إلغاءه طبقا للمادة 111 ت م، مهما حمل من أوصاف أو عناوين لأن الهدف والقصد منه هو توزيع المالك الأصلي لأمواله على زوجته وأولاده. عكس ما ذهب إليه السيد (ب ي) والسيدة (ب ف) في اتفاقهما المبرم أثناء حياتهما الزوجية باستبعاد كل قسمة ترد على العقار المخصص للسكن الذي اكتسباه على الشيوع، كما اتفقا على أن تؤول ملكية العقار بكامله للزوج الباقي على قيد الحياة. إلا أن بعد طلاق الزوجين المالكين في الشيوع، رفعت السيدة (ب ف) دعوى قسمة، ورفضت المحكمة طلبها، وهو الحكم المؤيد بقرار مجلس قضاء البليدة المؤرخ في 2007/09/30. وبعد الطعن بالنقض اعتبرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2009/10/15، أن هناك "**فهم خاطئ**" للعقد من طرف

---

[1]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص396. حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1997، ص12. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج01، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996، ص 274-275 و288. عزت حنوره، نفس المرجع، ص ص16-17.

[2]- المجلة القضائية، سنة 2003، ع 02، ملف رقم 278004، قرار بتاريخ 2002/01/16، ص ص 267-268.

قضاة الموضوع. لأن القرار المطعون فيه حرّف العقد، بتفسيره منع التصرّف في المال الشائع يشمل كذلك الاستبعاد النهائي لقسمة العقار المتنازع عليه[1]، لأن هذا مخالف لأحكام المادة 722ت م[2].

في حين لا يتقيد في تحديد نوع التصرف بما يصفه به أصحاب الشأن، مهما كانت العبارة التي تصفه واضحة لأن الوصف الظاهر قد لا يطابق حقيقة الواقع، لذلك وجب على القاضي أن لا يتقيد إلاّ بالتكيّيف القانوني الذي يجريه بذاته. وقد تحتاج عبارات العقد الغامضة إلى التفسير، ومع ذلك لا يكون لهذا التفسير أثر على التكيّيف، متى كانت مواضيع التفسير بعيدة عن التزامات العقد الواضحة أو الثابتة أيا كانت مصلحة التفسير[3].

لكن عدم حتمية التلازم بين التفسير والتكيّيف لا ينفي أي ارتباط بينهما، فكثيرا ما يتوقف التوصل إلى صحيح التكيّيف على تفسير ما غمض في العقد[4]. فتكيّيف الوقائع مرتبط بالتفسير ويعود إلى منهجية أخرى[5]. مثلا: في حالة غموض العبارات في عقود الإذعان تطبق قواعد خاصة لتفسيرها. فهنا يكيّف هذا العقد أولا بالنظر إلى ما يتضمنه في مجمله، وتحدد طبيعته القانونية، وصنفه ونوعه على أنه يدخل ضمن فئة عقود الإذعان. وبعد ذلك يتم تحديد القواعد القانونية التي تنظمه، ومن بين هذه القواعد القانونية، تلك الخاصة بتفسير الشك في حالة عقود الإذعان؛ حيث **يفسر هنا الشك لصالح الطرف المذعن سواء كان مدينا أو دائنا،** على خلاف القاعدة العامة التي تفيد أن تفسير

---

[1]- غنيمة لحلو، القوة الملزمة للعقد؛ استبعاد القسمة بالاتفاق تحريف قضاة الموضوع للعقد؛ تعليق على قرار رقم 547042، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2010، ع خ، ج03، ص 309-312. نفس المقال باللغة الفرنسية في نفس المرجع، ص 314-316:

La force obligatoire du contrat ; Exclusion du partage par convention, Dénaturation du contrat par les juges du fond, Commentaire de l‘arrêt n° 547042.

[2]- المادة 722ت م:"لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات فإذا لو تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه".

[3]- عزت حنورة، نفس المرجع، ص 17.

[4]- عزة حنوره، المرجع السابق، ص 17.

[5] – F. Terré, op cit, n°12, p10.

الشك يكون لصالح المدين حسب المادة 112 ت م. وتعتبر طبيعة التعامل الذي قصد المتعاقدان إبرامه من بين العناصر الداخلية لعملية تفسير العقد الغامض[1].

### ثالثا: تكيّيف العقد وتكيّيف الدعوى

يتعين الفصل بين مهمة القاضي في تكيّيف التصرف ومهمته في تكيّيف الدعوى[2].

**1. من حيث الهدف:**

تكيّيف التصرف مسألة تهتم بالموضوع، وتهدف إلى تحديد القواعد القانونية التي تحكم قيامه وآثاره وانقضاءه، أما تكيّيف الدعوى مسألة شكلية إجرائية، يهدف إلى تحديد القواعد القانونية التي تنظم طلب الحق، ويتم البحث عن مدى سلامة الإجراءات المتبعة.

حيث تتجلى مثلا أهمية التميّيز بين مختلف دعاوى الحيازة منذ انطلاق الدعوى، في تمكين القاضي من تطبيق القواعد القانونية الخاصة بكل دعوى[3]، حيث لا يمكن للمدعي السالك طريق دعوى الملكية التمسك بالحيازة، ولا يمكن لقضاة الموضوع تغيّير التكيّيف والفصل في الحيازة لمجرد عجز المدعي عن إثبات الملكية. ولا يمكن لقضاة الإحالة مخالفة توجيهات المحكمة العليا طبقا للمادة 268 ت إ م. حيث وبعد طعن المدعى بنقض ثاني أثار عدة أوجه من أجل إعادة تكيّيف الدعوى من دعوى ملكية إلى دعوى حيازة، إلا أن المحكمة العليا رأت أن هذه الأوجه غير مؤسسة. وقد صححت في قرارها الأول خطأ قضاة الموضوع، "... حيث لم يبق إلا الحيازة التي يتمسك بها المدعي..." بأن لا يمكن لقضاة الموضوع تغيّير طبيعة الدعوى أمام استحالة إثبات الطرفين ملكية الأرض[4].

إن الخطأ في تكيّيف الدعوى يؤدي إلى بسط رقابة المحكمة العليا، لأنه يمكن أن يخلط المتقاضي بين مختلف الدعاوى إما جهلا وإما عمدا. إذ يتحدث عن الحيازة وإرادته تتجه نحو الدفاع

---

[1]- فاطمة عاشور، نفس المرجع، ص 47.

[2]- عزت حنوره، المرجع السابق، ص 17-18.

[3]- حاج صدوق الجيلالي، دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة تعليق على القرار رقم 206296( Action Petitoires Et Action Possessoires Commentaire de l'arrêt n°206296)، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2010، ع خ، ج 03، ص 161.

[4]- مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2010، ع خ، ج03، ملف رقم 206296، قرار بتاريخ 2001/01/31، قضية (ع ب) ضد (ع م) ومن معه، ص 156.

عن الملكية، كما يمكن إثارة ملكيته للدفاع عن حيازته للعقار. لذلك يجب تحديد نوع الدعوى بعد دراسة عناصر الملف منذ البداية للتميّيز بين الهدف الرئيسي للدعوى ومختلف الأوجه المثارة للدفاع عنها[1].

**2. من حيث شروط القبول والاختصاص:**

والمعول عليه في ذلك هو السبب الذي أقيم عليه الإدعاء وطبقا للطلبات المطروحة، لأن العبرة في تكيّيف الدعوى وإعطاء وصفها الحق هي بالمقصود من الطلبات. وتكيّيف التصرف الذي أقيمت عليه الدعوى لا شأن له بتكيّيف هذه الدعوى، ذلك أن تكيّيف الدعوى مقيد بما يدعيه رافعها من سبب لها، وما يبتغيه فيها من طلبات وأن تكيّيف التصرف فيها قد يؤثر في نتيجتها خلال الحكم بقبول أو رفض هذه الطلبات، أما تكيّيف التصرف فلا يتأثر مطلقا بتكيّيف الدعوى التي أقيمت استنادا له.

ويلتزم القاضي في تكيّيف الدعوى بقواعد أساسية منها تكيّيف الدعوى وفقا للوصف المقرر لها قانونا ولا يعتد بتكيّيف الخصوم، وتطبق القواعد القانونية الخاصة بالدعوى تلقائيا دون حاجة إلى التمسك بها من صاحب المصلحة، والعبرة بصدور الحكم موافقا للقانون ولو لم تذكر القاعدة القانونية التي بني عليها[2]. وإن كانت هذه القواعد صالحة في نطاق تكيّيف العقد كما يظهر ذلك لاحقا.

## الفرع الثاني: ضبط عملية تكيّيف العقد عن ما يشتبه به

إن أهم العمليات المرتبطة بالعقد والتي يمكن أن تتداخل مع عملية التكيّيف، تتمثل أساسا في عملية تقسيم هذه العقود (أولا)، ولكن في حالة اللجوء إلى تحويل العقد لها أن يختلط بالتكيّيف (ثانيا).

### أولا: تكيّيف العقد وتقسيم العقود

إن التكيّيف يتيح تفعيل دور التقسيم والاستفادة منه[3]، فتقسيم العقود عمل فقهي بالدرجة الأولى. حيث تصنف العقود ضمن فئات معينة بعد إبراز المبادئ العامة التي تحكمها وخصائصها.

---

[1]- حاج صدوق الجيلالي، نفس المرجع، ص 168.

[2]- أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، نفس المرجع، ص 61 وما يلي. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 252.

[3] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n°52, p65. Et Jean-Francis OVERSTAKE, op cit, p16.

ومعظم التشريعات أوردت تقسيمات معينة للعقود ولكن لم تستطع استيفاء كل أقسامها نظرا لتنوعها وتعددها[1]. وإن كان أمر التقسيم لا يتمتع بقدر كبير من الأهمية والسبب في ذلك أنه إذا كان التقسيم غير دقيق، فإنه لا يستطيع أن يؤثر في تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد محل التكيّيف، وإن كان للتقسيم دور في توجيه القاضي بصفة أولية نحو تكيّيف معين من خلال جمع العقود التي تتشابه ضمن فئة واحدة فتتبيّن معظم القواعد القانونية التي تخص كل فئة على حدى. ويبقي الوصول إلى التكيّيف الصحيح بعيدا من مرحلة تقسيم العقود، كونه ليس في نفس مرتبة التكيّيف. لأن التكيّيف مسألة حاسمة تتعلق عليها حقوق الأفراد من خلال تحديد ما يطبق من قواعد قانونية. إلا أن التكيّيف يشترك مع تقسيم العقود اشتراكا وثيقا دون أن يختلط به، فتقسيم العقود سابق على التكيّيف وأعم منه حيث يسهل الوصول إليه[2].

و يتميز التكيّيف عن التقسيم بتحديد كل القواعد القانونية المطبقة على عقد معين، والتي يحتويها تقسيم معين. وبواسطة مقارنة العقود التي تطبق عليها هذه القواعد القانونية المرتبطة بإحدى فئات العقود، يسمح بالاستفادة من مختلف التقسيمات الموجودة. وعن طريق المعرفة الجيّدة للفوارق الموجودة بين مختلف العقود يتم التوصل إلى التكيّيف الدقيق للعقد الذي بصدد البحث عن طبيعته[3].

### ثانيا: تكيّيف العقد وتحوّل العقد

ينص التقنين المدني في المادة 105 على:" إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين

---

[1]– التشريع الجزائري واحد من التشريعات التي لم تضم مختلف التقسيمات الممكنة للعقود، راجع محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص50.

[2]– هناك من يرى عكس ذلك أي عملية التكيّيف ترمي إلى التقسيم فالتكيّيف يقصد به العملية التي تساعد على تحديد فئة قانونية تندرج فيها أي قاعدة قانونية، أي بيان مفهوم القاعدة القانونية ما على ضوء الفئة التي تندرج فيهما وهذا يظهر أن التقسيم يسبق التكيّيف ويخدمه. راجع محمد نور عبد الهادي شحاته، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 56.

[3] – Jean-Francis OVERSTAKE, op cit, p 15.

كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد"[1]. حيث يعتبر حكم تحوّل العقد حكم استثنائي، يهدف إلى تجنب زوال كل أثر للعقد الباطل أو القابل للإبطال، حيث يتحول إلى عقد آخر صحيح.

فنظرية التحوّل هذه أخذ بها المشرع الجزائري من نظيره الألماني، حيث صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها التقنين الألماني في المادة 140 منه[2]، وقوام هذه النظرية استقرار المعاملات بإنقاذ العقد[3]. أما نظرية التكيّيف فقد أخذ بها المشرع مؤخرا بعد صدور القانون[4] رقم08/09 في المادة 29، حيث ألزم القاضي بإعطاء الوقائع والتصرفات التكيّيف القانوني الصحيح.

ولقد برز الخلط بين تحوّل العقد وتكيّيف العقد لدى الكثير من الكتاب وصل لدى البعض منهم إلى حد هدم كافة الفوارق القانونية الموجودة بين النظامين، بحيث أصبح وجود نص خاص بالتحوّل لا جدوى منه. واعتبر التحوّل ما هو إلاّ تصحيح للتسمية الغلط، لهذا سمي فعلا بالغلط في التسمية وأن الأمر في الواقع يدور حول تصحيح التكيّف. ويضاف إلى ذلك أن التحوّل يظهر مع التكيّيف وعلى القاضي أن يستعمل سلطته لتفسير إرادة المتعاقدين وإضفاء على التصرف المفسر تكيّيف ينقذه من البطلان. وهناك من أوصى بضرورة اللجوء إلى نظرية التكيّيف دون استخدام مصطلح التحوّل، حيث يجب السعي لتصحيح الإرادات المتبادلة وتفادي إدانتها من وجهة نظر التكيّيف القانوني عندما تتضمن التصرفات القانونية التي عبرت عنها تلك الإرادات عناصر تصرفات أخرى صحيحة. ووصل بالبعض إلى القول بأن نظرية التحوّل تعتبر تطبيقا خاصا من تطبيقات نظرية تكيّيف العقد. ووصل بالبعض الآخر إلى إيجاد حالة من التطابق بين التحوّل والتكيّيف، على الرغم من أخذ المشرع بنظرية تحوّل العقد كنظرية مستقلة بشروطها وآثارها[5].

---

[1]- في ت م الألماني المادة 140 تضمنت عبارة "عناصر تصرف آخر". عقد التسيّير الذي لم يخضع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 203 ت ت يعد إيجارا من الباطن لعدم قيام طرفيه بالإجراءات الرسمية ولكل عقد خصائصه المحددة قانونا. المجلة القضائية 2001، ع 02، قرار بتاريخ 07/10/ 2001، ملف 252246، ص 235.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني– النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام– العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 264. ويطابق هذا النص المادة 144 ت م المصري، المادة 145 ت م السوري، والمادة 144 ت م الليبي، أما ت م الفرنسي فلا نص فيه لتحول العقد إلا أنه يمكن إعمال حكم التحول طبقا لنظرية التكيّيف.

[3]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 352.

[4]- القانون رقم08/09 المؤرخ في2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع21، سنة 2008.

[5]- صاحب عبيد الفتلاوي، نفس المرجع، ص 119-120.

ويعود سبب هذا الخلط إلى وجود علاقة بين كل من التكيّيف والتحول، وتظهر حينما يكون التكيّيف المعطى للعقد من قبل المتعاقدين خاطئا، حيث يتوجب على القاضي تصحيحه. ويفضي هذا التصحيح إلى بطلان غير متوقع للعقد، خصوصا إذا كان سوء التكيّيف يلحق أضرارا بالأهداف الاجتماعية للمشرع لابد من تفاديها. فالاتجاه الحديث للفقه يميل إلى تكيّيف العقود وفقا للمصلحة العامة التي تقتضيها الظروف السياسية والاقتصادية، لكن دون الخروج عن محتوى العقود كتصرفات قانونية محضة لها خصائصها المميزة. وهنا تبرز مشكلة تحول هذا العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، وهل أن القاضي باشر عملية التحوّل بشكل مباشر أم أنه باشرها بعد ممارسة واجبه في تصحيح التكيّيف السيئ للعقد؟ ثم هل أن التحول قد تم بقوة القانون أم أنه تم بناءا على طلب أحد الأطراف الذي يريد الحيلولة دون بطلان العقد؟

لتفادي هذا الخلط بين التحول والتكيّيف لابد من الإشارة إلى سبب ذلك، المتمثل في استناد كل منهما إلى سلطان الإرادة المستخلصة بطريقة صحيحة من قبل القاضي وخصوصا بالنسبة للقوانين ذات النزعة الليبرالية التي تعلي من شأن هذا السلطان، إذ أن نقطة الالتقاء بينهما هي البحث عن الإرادة المشتركة للطرفين والسلطة التي يتمتع بها القضاء في إعطاء التصرفات الاسم القانوني مستمدة من سلطته في البحث عن تلك النية[1].

بالرغم من الخلط القائم بين التحوّل والتكيّيف، إلا أن الفقه يصّر على وجود فوارق بينهما. فتكيّيف العقد أصبح قاعدة نص عليها المشرع[2]، وهو بوابة لابد للقاضي أن يمر منها للقيام بوظيفته الأساسية، فيجب أن يكيّف العقد حتى يحدد القواعد القانونية المطبقة عليه. أما تحوّل العقد فهو استثناء هدفه تجنب زوال كل أثر للعقد الباطل، حيث يحول إلى عقد آخر صحيح[3].

بالنظر إلى شروط إعمال كل من التكيّيف والتحوّل، حيث يشترط المشرع مجموعة من الشروط لإعمال نظرية التحوّل، تتمثل هذه الشروط في: بطلان العقد الأصلي (باطل أصلا أو قابل للإبطال وتم تقرير بطلانه)، أن يتضمن العقد الباطل أو القابل للإبطال أركان عقد آخر، وانصراف

---

[1]- صاحب عبيد الفتلاوي، نفس المرجع، ص 120.

[2]- المادة 29 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية التي وردت في الباب المخصص لسلطات القاضي.

[3]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 351.

نية المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الآخر[1]. إلاّ أن في بعض الأحيان يتدخل المشرع ليقضي بتحول العقد الباطل بقوة القانون دون حاجة إلى التحقق من الشروط السالفة الذكر. مثلا: الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية تعتبر وصية[2]. وكذلك التصرفات القانونية الصادرة عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع، تعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية[3]. وكذلك في حالة الاستغلال في عقود المعاوضة يجوز للطرف المستغل أن يتوقى دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن[4].

أما تكيّيف العقد فإنه يكون حيثما وجد عقد محل نزاع بين المتعاقدين، دون شروط أو قيود. بل يكفي أن يعرض نزاع حول هذا العقد على القاضي حتى يسارع بالضرورة إلى البحث عن القواعد القانونية التي تحكم هذا العقد، ويكون ذلك بعد إجراء عملية التكيّيف القانوني للفصل في النزاع المطروح عليه، وبذلك يكون للقاضي الحق أو واجب القيام بعملية التكيّيف القانوني.

فالغاية من التحوّل هي حماية المتعاقدين الذين لا يمكنهم تحقيق أغراضهم القانونية والاقتصادية بسبب جهلهم بالقانون، وهذا يعني التغطية النفعية لما يريده الفكر الفردي من ناحية، وتمسكه بالإرادة دون الاعتداد بالمضمون العقدي وتوازنه وبالأهداف المقصودة من وراء التعاقد من ناحية أخرى[5]. أما الغاية من التكيّيف تتمثل في ضمان التطبيق الصحيح للقانون، أي تطبيق القاعدة المناسبة على العقد المناسب بغض النظر عن وجهة نظر الأطراف، فالعبرة بالقانون.

أما مجال كل منهما، فنجد أن تحوّل العقد يعمل به في حالة ما إذا كان العقد باطلا، فهو لا يعني العقد الصحيح على الإطلاق. لأن إذا كان العقد صحيح فلا يتحول إلى عقد أو تصرف آخر

---

[1]- حيث تبين أن نية المتعاقدين لم تنصرف إلى إبرام عقد الإيجار فبعد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين تبين أنه انصرفت إلى إبرام عقد تسيّير حر الذي هو محل نزاع فالقضاء بتحويله إلى عقد إيجار من طرف قضاة الموضوع عرّض قضاءهم هذا للنقض من قبل المحكمة العليا لخرقهم للقانون. المجلة القضائية، سنة 1993، ع03، ص151.

[2]- المادة 204 من ت الأسرة .

[3]- المادة 776 ت م:" كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا على ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف".

[4]- المادة 90 الفقرة 03 ت م تنص على:"... يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

[5]- صاحب عبيد الفتلاوي، نفس المرجع، ص 67.

حتى وإن اشتمل على أركان عقد أو تصرف آخر. مثلا: إذا كان هناك عقد هبة صحيح يتضمن عناصر الوصية وتبين أن المتعاقدين كانا يفضلان الوصية على الهبة، فإن عقد الهبة لا يتحول إلى وصية. وبطلان العقد الأصلي لا يكون في شق منه فقط لأن في هذه الحالة لا يتحوّل العقد بل ينقص منه[1]. أما التكيّيف يكون في حالة وجود عقد صحيح ويتم البحث عن القواعد القانونية المطبقة على العقد محل النزاع. وعند نهاية عملية التكيّيف نكون قد حافظنا على العقد ذاته بنفس الشروط والالتزامات بين المتعاقدين. عكس ذلك في عملية التحوّل، حيث نكون أمام عقد جديد بدون إضافة أي عنصر إليه، فإذا تخلف عنصر ما لا يجوز استكماله بغية تحويله[2].

مثلا: إذا كان العقد باطلا لتفاهة الثمن فإنه يعتبر عقد هبة صحيحا إذا ثبت في ورقة رسمية توفر نية التبرع لدى البائع. وعقد القسمة إذا كان باطلا فإنه يجوز كعقد قسمة مهيأة صحيح، وبذلك يبقى الشركاء في الشيوع بسبب بطلان عقد القسمة[3].

باعتبار أن التسمية الغلط للعقد لا تؤدي إلى بطلانه، فيبقى صحيح بمضمونه، وإنما يصحح القاضي الاسم الغلط الذي أطلقه المتعاقدان على العقد وبالتالي يتغيّر التكيّيف. فلا مكان للتحوّل هنا ما دام العقد غير باطل، حتى لو تضمن عناصر أو أركان تصرف أو عقد آخر أراداه المتعاقدان. فالعبرة إذن ليست باسم التصرف وإنما بمضمونه، فتغيّير الاسم ليست إلاّ مجرد تفسير للإرادة الحقيقية في التصرف الذي لا يزال هو نفسه صحيحا. عكس ذلك في التحوّل، فالتصرف المراد باطل ويدور الأمر حول الكشف عن إرادة غير حقيقية[4]، تستخلص من أبسط التفاصيل لتفادي البطلان.

### الفرع الثالث: ضبط التكيّيف غير الصحيح وما يشتبه به

التكيّيف غير الصحيح قد يتداخل مع غيره، لذلك يجب ضبط التكيّيف غير الصحيح بين كل من التحريف والتحايل عن القانون(أولا)، وبين الصورية المطلقة والنسبية (ثانيا).

---

[1]- المادة 390 ت م.

[2]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 352. محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 265.

[3]- المواد 733 و735 ت م.

[4]- صاحب عبيد الفتلاوي، نفس المرجع، ص 122.

## أولا: التكيّيف غير الصحيح بين التحريف والتحايل على القانون

التكيّيف غير الصحيح يمكن أن يكون مصدره القاضي الذي تفترض فيه النزاهة إلا أنه بشر، كما يمكن أن يكون مصدره الأطراف المتعاقدة ذاتها. وهذه الأخيرة لها أن تتعمد ذلك من أجل الوصول إلى النتيجة المرغوبة، كما يمكن أن يقع ذلك عن غير قصد بسبب الجهل بحقيقة المعاملة أو الخطأ في القانون، إلا أن في نهاية الأمر يعتبر التكيّف غير الصحيح مخالف للقانون بسبب وجود خطأ فيه يستوجب تصحيحه بإعادة التكيّيف الصحيح للعقد محل النزاع، وإن كان تكيّيف الخصوم لعلاقاتهم التعاقدية لا أثر له بالنسبة للقاضي ولعملية التكيّيف.

إن التكيّيف غير الصحيح لا يعكس المضمون الحقيقي والصحيح للعقد، لذلك يتداخل مع تحريف مضمون العقد ومع التحايل على القانون. فالقاضي وهو يقوم بتكيّيف العقد إنما يرده إلى نوع معين ليطبق عليه القاعدة القانونية المناسبة المطبقة على مثل نوعه، وبالتالي فالخطأ في التكيّيف يعني أن هناك تطبيقا معيبا للقانون، وهذا مختلف عن تحريف مضمون العقد. صحيح أن التكيّيف إنما يعتمد على هذا المضمون، لكن هذا لا يعني دمجه مع الطبيعة القانونية له. فقد يكون تحصيل القاضي للمضمون صحيحا ويكون تكيّيفه له خاطئا، حيث لم يرد الواقع إلى القانون على النحو الصحيح[1]. إن تغيير الطبيعة القانونية للتصرف تعني تحريفه، وإذا كيّف القاضي عقدا بأنه بيع، مع أنه في الحقيقة إيجار فإنه بذلك يحرف العقد. ولكن ينتقد بعض الفقه هذا التصور إذ أنه عديم الجدوى، لأنه يمكن نقض القرار للخطأ في التكيّيف دون حاجة في ذلك إلى تحريف العقد[2].

إن للتكيّيف والتحريف مجالين متمايزين، حتى ولو وجدت في الغالب منطقة تقاطع معينة، حيث يمنع القاضي من اللجوء إلى نية الفريقين لتقدير طبيعة العقد ومداه. فلا يمكن للقاضي البحث عن نية المتعاقدين الحقيقية إذا كانت عبارات العقد واضحة ودقيقة، فالتحريف يكون في حالة الانحراف

---

[1]– رغم ذلك تميل محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى اعتبار الخطأ في التكيّيف تحريفا للعقد فتقرن بينهما، وهي في ذلك تأخذ بالمعنى اللغوي للفظ " تحريف ".

[2]– عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص531.

عن العبارات الواضحة، حيث يمنع القاضي من الاجتهاد والتفسير، وإلا عرض حكمه للنقض[1]، وبذلك فالتحريف مرتبط فقط بالقاضي أثناء قيامه بتفسير العقد. بينما في التكيّيف ما يفعله المتعاقدان أكثر أهمية مما يقولانه، وبحث القاضي لا يتناول الإرادة وأعمالها العديدة، وإنما يتناول فقط المعطيات الموضوعية. ويبقى أن الحد الفاصل بين التكيّيف والتحريف صعب الإحاطة به عمليا، وأن التصفح اليقظ لوقائع القضية يسمح بتحديد ما إذا كان القاضي قد اكتفى بالتكيّيف أو انساق إلى التحريف[2].

أما بالنسبة للتحايل على القانون فمصدره أحد المتعاقدين أو كلاهما، فيقوم المتعاقدان بتسمية العقد فيكون تكيّيفهم هذا غير صحيح سواء جهلا أو عمدا بقصد التهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة لا يرغب المتعاقدان الخضوع لها، ففي هذه الحالة لا يعد فعلهما هذا من قبل التحايل على القانون لتجنب تطبيق قاعدة آمرة، لأن التكيّيف غير الصحيح يعد مخالفة للقانون، ومخالفة القانون متميّزة عن التحايل على القانون، فهذا الأخير إنما يكون بالالتجاء إلى وسيلة ليست في ذاتها مخالفة للقانون رغم أنها تؤدي إلى التهرب من أحكامه الآمرة وعلى ذلك فإن التكيّيف غير الصحيح لا ينطوي على تحايل على القانون؛ بل على مخالفة القانون لأنه يعد مخالفا للقاعدة القانونية التي تحدد الخصائص التي كان يجب أن تتوفر في العقد المعروض حتى يمكن تكيّيفه بذلك التكيّيف[3].

## ثانيا: التكيّيف غير الصحيح بين الصورية المطلقة والصورية النسبية

التكيّيف غير الصحيح للعقد يشترك مع الصورية في إعطاء الاسم غير الصحيح للعقد، لأن التعمد في الأول هو التعمد نفسه في إخفاء العقد الحقيقي وإظهار عقد آخر.

---

[1]- المجلة القضائية، سنة 1993، ع03، ملف رقم 80816، قرار بتاريخ 1991/06/16، ص 151. مجلة المحكمة العليا، سنة 2003، ع01، ملف رقم 278004، قرار بتاريخ 2002/01/16، ص367.

[2]- J .Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 119 ,P132-133.

[3]- أنور سلطان وجلال العدوى، العقود المسماة، عقد البيع، دار المعارف، مصر، 1966، ص 19-20. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع، ص ص 4-5.

وانطلاقا من الإخفاء الذي تقوم عليه الصورية باعتبارها إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب[1]، يبرز الفارق بين كل من الصورية والتكيّيف غير الصحيح. حيث في التكيّيف غير الصحيح نجد عقدا واحدا ومضمونا واحدا كتصرف بين المتعاقدين، ولكن تم تسميته بغير اسمه الحقيقي، بينما نجد عقدين مختلفين في الصورية أحدهما ظاهر للعيان؛ والثاني مستتر وهو الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[2]. ويتم اللجوء إلى الصورية لتحقيق أغراض مختلفة أهمها الإضرار بالدائنين، والتحايل على القانون تفاديا لتطبيق قاعدة قانونية تطبيقا سليما، كما في الشفعة وإجراءاتها، والقواعد المنظمة للوصية وبعدم نفاذها إلا في حدود الثلث، والقواعد التي تفرض رسوم معينة. كما يمكن أن يكون الغرض من التكيّيف غير الصحيح هو التحايل على القانون.

فالصورية مسألة موضوعية؛ على من يدعيها عبئ إثباتها كونه يدعي خلاف الظاهر، حتى وإن كان من الغير. لأن قاعدة عدم جواز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي لا تطبق إلا على طرفي العقد[3]. ولا يجوز إبداء الدفع بالصورية لأول مرة أمام المحكمة العليا[4]. أما التكيّيف فهو مسألة قانونية يثيرها القاضي من تلقاء نفسه[5]، ولا يتطلب دليل من أحد المتعاقدين[6].

إضافة إلى ما سبق؛ فالعقد الصوري لا يمكن أن ينقلب صحيحا مهما طال الزمن، لذا فإن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم[7]، كما يمكن أن ترفع دعوى الصورية سواء من أحد المتعاقدين، الخلف الخاص، الخلف العام، أو من الغير وكل من له مصلحة أن يطعن بالصورية في التصرفات. عكس التكيّيف غير الصحيح الذي يستأثر القاضي وحده بتصحيحه[8]، حيث يعيد للعقد التسمية

[1]– محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام–النظرية العامة للالتزامات–القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، القاهرة؛ الجزائر؛ الكويت، ط2004، ص 158.

[2]– محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، نفس المرجع، ص 04.

[3]– المجلة القضائية، سنة 2003، ع02، ملف رقم 247879، قرار بتاريخ 2003/07/23، قضية (ع غ) ضد ورثة (ع ب) ومن معهم، ص 243.

[4]– أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص 09.

[5]– يتم التطرق لهذه النقطة في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل.

[6]– محمد شريف عبد الرحمان، دروس في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات، المسؤولية العقدية، ج01، المجلد الأول، ط 01،1911، ص 330.

[7]– محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، نقس المرجع، ص 166.

[8]– حيث جاءت المادة 29 ت إ م إ المتعلقة بالتكيّيف ضمن الفصل السادس: في سلطات القاضي.

الصحيحة المتوافقة مع مضمونه[1]. أما الصورية فلا تقابل دائما بالأخذ بالعقد الحقيقي فالأمر يتوقف على ما تتطلبه المصلحة، سواء التمسك بالعقد الحقيقي واعتبار العقد الظاهر لا وجود له، أو العكس[2]. فالعبرة بين المتعاقدين هي بالإرادة الحقيقية وبالتالي بالعقد الحقيقي وعدم الاعتداد بالعقد الظاهر[3]. أما بالنسبة للغير الحسن النية أي الذي يجهل التصرف الحقيقي المستتر أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر[4]، والغير هنا هم الدائنون العاديون للمتعاقدين وخلفهما الخاص. ويبقى الكشف عن الصورية مسألة موضوعية، وبعدها يتم التطرق لتكيّيف العقد المتمسك به الذي يعد مسألة قانون. وبذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بالصورية إلا بناءا على طلب من صاحب المصلحة في التمسك بالعقد الحقيقي، أما في حالة التكيّيف غير الصحيح يتعين على القاضي تصحيح هذا التكيّيف تلقائيا.

ونظرا لأهمية دور القاضي أثناء الفصل في النزاعات المعروضة عليه، تم تخصيص المبحث الثاني لذلك، من أجل ترسيخ دور القضاء في عملية تكيّيف العقد.

## المبحث الثاني: ترسيخ دور القضاء في عملية تكيّيف العقد

وردت المادة 29 من ت إ م إ في الفصل السادس "في سلطات القاضي"، حيث يعتبر التكيّيف سلطة من سلطات للقاضي، وقد ورد ضمن هذه المادة مصطلح "**التصرفات**" التي يندرج ضمنها العقد. فإذا عرض على القاضي مجموعة من الوقائع ثار حولها نزاع بين الخصوم، يكون القاضي ملزم بحل النزاع وفقا للقانون، وإلا اتهم بإنكار العدالة التي تعاقب عليها القوانين الوضعية.

ويوكل الخصوم محامي للدفاع عن حقوقهم فيقوم هذا الأخير أثناء تحرير العرائض بإعطاء أوصاف قد تكون مذكورة في القانون أو سائدة ومعروفة في عرف المعاملات فالتساؤل يدور حول

---

[1]- F.C. Dutilleul et Ph.Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 8e éd, 2007, p27-28.
معالجة مسألة إعطاء القاضي التسمية التي تتوافق مع مضمون العقد وإعادة تكيّيفه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

[2]- أحمد هاني مختار، الصورية أنواعها إجراءاتها، ب د ن، طبعة 2005، ص 88.

[3]- حسب المادة 199 ت م التي تنص على:"إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي". العقد ملزم للمتعاقدين ولخلفهم العام أما النفاذ فالعقد نافذ بالنسبة للغير. راجع محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.

[4]- المادة 198 ت م:"... فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

طبيعة ومضمون الدور الذي يقوم به القاضي في عملية التكيّيف القانوني للعقد سواء قضاة موضوع أو قاضي القانون؟ وفيما تكمن سلطتهم في ذلك؟

باعتبار أن الجهاز القضائي في الجزائر مقسم إلى قضاة موضوع (المطلب الأول)، وقضاة قانون (المطلب الثاني) لاعتبارات مختلفة، فكلاهما يسهران على تطبيق القانون إلا أن قضاة القانون ينفردون بمراقبة تطبيق قضاة الموضوع لصحيح القانون. ومن خلال التوصل إلى طبيعة سلطة القاضي في التكيّيف، هل هي مسألة قانون أم هي مسألة واقع؟ يتضح دور قضاة الموضوع وقضاة القانون انطلاقا مما تيسر من قرارات قضائية.

## المطلب الأول: سلطة قضاة الموضوع

لم يختلف الأمر بالنسبة لدور قضاة الموضوع في عملية تكيّيف العقد سواء قبل إصدار قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو بعده. حيث قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن من القواعد المستقر عليها في قضاء المحكمة العليا، أنه لما يطرح واقع على محكمة الموضوع تقوم بتكيّيفه، حتى تتمكن من تحديد القواعد القانونية التي تحكم النزاع. أما بعد صياغة المادة السالفة الذكر، فإن الأمر تحدد قانونا، وإن كانت المادة تظهر على أنها ذات **مفعول كاشف** وليس منشئ. ونتعرض لدور قاضي الموضوع ضمن عملية تكيّيف العقد باعتباره ينفرد بهذه المهمة (الفرع الأول)، وباعتبار القاضي ينفرد بهذه المهمة فإن له تقدير إعادة تكيّيف العقد من عدمه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إنفراد القاضي بمهمة تكيّيف العقد

سلطة تكيّيف العقد هي سلطة ممنوحة للقاضي، وهي حق يستأثر به وحده دون أن تكون لغيره فرصة مزاحمته في ذلك. وهو يمارس مهمته هذه التي هو ملزم بها (أولا)، لا يتقيّد بما للمتعاقدين من حرية في تضمين اتفاقاتهم بما أرادوا من التزامات؛ بشرط عدم مخالفة القانون، وفي إصباغ علاقاتهم بما شاءوا من أسماء أو أوصاف (ثانيا)، فالعبرة بما يستخلصه القاضي من العقد وظروفه؛ ويكون موافقا ومطابقا للقانون فقط وغير مخالف له، ليضمه إلى الفئة المناسبة ويخضع لقواعدها.

## أولا: قاضي الموضوع ملزم بتكتّيف العقد

إن المبدأ القائم على إسناد عملية تكيّيف العقد للقضاء مبدأ منطقي، يتفق مع حكمة الالتجاء إلى الجهات القضائية للفصل في النزاعات، فيقع على عاتق القاضي التزام تقصي الحكم القانوني المنطبق على وقائع النزاع من تلقاء نفسه. وحتى يصل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق والذي يحكم النزاع، يقتضي عليه القيام بالتكّييف باعتباره نشاطا قانونيا؛ منطقيا؛ فنيا وذهنيا يصعب على غيره. وهكذا فلا يجوز لغير القاضي القيام بعملية التكيّيف القانوني وإلا كان هذا التكيّيف غير قانوني[1]، وبالتالي تختفي حكمة اللجوء إلى القضاء. فالقاضي هو العضو المكلف بتطبيق القانون في المجتمع[2]، وحتى يصل إلى ذلك يجب عليه القيام بعملية التكيّيف.

لما يطرح على القاضي نزاع يتضمن مجموعة من الوقائع، سواء موصوفة أم لا من جانب الخصوم، يقوم بالبحث عن الوصف المناسب ومنه تحديد القواعد القانونية المناسبة للفصل في النزاع. وحتى يتأكد من أن هذه القواعد القانونية هي الواجبة التطبيق، يقوم القاضي بإجراء مقارنة بين الواقع المطروح عليه ومفترض القاعدة القانونية، يقارن بين كل عنصر مطروح أمامه وبين كل عنصر نموذجي مصاغ في مفترض القاعدة القانونية، فإذا انتهى إلى وجود التطابق الكامل بين الواقع وعناصر مفترض القاعدة القانونية، فإنه يتحتم عليه ضرورة تطبيق الأثر أو الحكم الكامن في الشق الثاني من القاعدة القانونية، والمبني حتما على الشق الأول المتعلق بمفترض القاعدة القانونية. والواقع أن كل قاعدة قانونية يرتبط مفترضها بحكمها برباط وثيق؛ حيث لا يمكن استبدال مفترض قاعدة معينة بقاعدة أخرى، دون أن يكون هناك تشويه كامل لهذه القاعدة القانونية. وذلك لأن حكم القاعدة أو أثرها في حالة الاستبدال هذه، إما أنه لن ينطبق إطلاقا على الواقع الجديد، وإما أنه سوف ينطبق بطريقة مشوهة تفقد القاعدة القانونية أية قيمة أو معنى. وقيام القاضي بهذه المقارنة بين الواقع والمفترض هو التكييف القانوني. ونتيجة هذه العملية هي تحول الوقائع البحتة إلى وقائع مكيّفة، فبعد التكيّيف القانوني تصبح وقائع النزاع موصوفة بوصف قانوني، وهذا الوصف لا ينفي أنه يوجد في أساسه

---

[1]- محمود أحمد إبراهيم، نفس المرجع، ص ص 112-113.

[2]- نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2003، ص73.

مجموع واقعي بحث أي غير موصوف[1]. وهكذا يصعب على غير القاضي القيام بهذه المقارنات والتحليلات المعقدة، المضمونة ضمن تدرج هرمي للجهاز القضائي.

إن إلزام القاضي بإعطاء التكيّيف القانوني الصحيح للعقد مصدره القانون حسب المادة 29 ت إ م إ، بعد ما كان هذا الالتزام مفروضا من قبل القضاء، كما ظهر من الاجتهادات القضائية قبل صدور تقنين الإجراءات المدنية والإدارية. وفي ما يلي عدد من القرارات:

القرار الصادر في 1983/05/07 عن المحكمة العليا[2]، الذي قرّر بأنه يتعين على قضاة الموضوع البت في مسألة تنازع الأطراف حول تكيّيف العقد؛ إذ اختلفا في تحديد طبيعة تكيّيف العقد الذي يربطهما، فأحدهما يكيّفه على أساس أنه عقد تسيّير حر في حين الآخر ينازعه في ذلك. حيث أبرم الطرفان عقدا في 1972/02/07 فاختلفا حول تحديد تكيّيفه، فالسيد (ب ع) يعتبره عقد تسيّير حر. حيث نظم المشرع أحكام التسيّير الحر وتأجير التسيّير في المادة 203 ت ت ومختلف التصرفات ذات الطبيعة التجارية. أما الطرف الآخر ينازعه في التكيّيف المتمسك به، باعتبار أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترطه المادة 203 فقرة 03 ت ت.

فمحكمة بئر مرادرايس رفضت الطلب الرامي إلى خروج(ب ع) لكنها حكمت عليه بدفع 900دج كبدل إيجار متأخر. وبعد رفع الاستئناف أمام مجلس قضاء الجزائر بالطعن في حكم 1979/06/04 الذي قرر بأن التنبيه بالإخلاء الموجه في1977/01/26 غير مستوف للشروط المنصوص عليها في المادة 173ت ت. وتبيّن بذلك أن قضاة المجلس القضائي لم يبثوا في مسألة تحديد طبيعة العقد والتكيّيف القانوني الصحيح، التي تعتبر مسألة أساسية يتوقف عليها مصير النزاع القائم بين(ب ع ك) و(ب ع ق). وبذلك جاء قرار مجلس قضاء الجزائر ناقص التعليل ولم يبيّن أساسه القانوني، وبالتالي لم يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة مدى تطبيق القانون ما تعين نقضه.

---

[1]– نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 169.

[2] – المجلة القضائية، سنة 1989، ع01، ملف رقم 28766، قضية (ب ع ك) ضد (ب ع ق)، ص 135.

والقرار الصادر عن المحكمة العليا[1] بتاريخ 1990/05/20 الذي يعترف بالسلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تكيّيف الوقائع استنادا إلى معطيات الملف وتكيّيف العلاقة القانونية التي تربط الطرفين، واعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون رقم 12/82 المؤرخ في 1982/08/28 المتضمن القانون الأساسي للحرفي. حيث تنعي الطاعنات أن العقد الذي يربطها بالمطعون ضده هو عقد غير تجاري لأن المطعون ضده يتمتع بصفة الحرفي، حيث قضاة مجلس قضاء الأغواط بتقريريهم أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تجارية وليست حرفية أخطئوا في تطبيق القانون، وأن القرار المطعون فيه لم يصب في تكيّيف طبيعة العقد بإعطائه وصف الإيجار التجاري استنادا على السجل التجاري الذي قدمه المطعون ضده.

إلا أن المحكمة العليا أكدت أن صفة الحرفي لا يمكن اكتسابها إلا بتوفر الشروط المطلوبة قانونا منها التسجيل في سجل الصناعات اليدوية والحرفية لدى البلدية المقيم فيها، وأن تكون له مؤهلات مهنية مثبتة بشهادة مسلمة من الجهة المختصة، حيث المطعون ضده قدم سجلا تجاريا يثبت أنه يمارس نشاطا تجاريا وفقا للقانون التجاري. وبالتالي قرار قضاة مجلس قضاء الأغواط الصادر بتاريخ 1988/02/23 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف، وبأن العقد الذي يربط الطرفين هو إيجار تجاري استنادا إلى ما يتمتعون به من سلطة في تكيّيف العقد المعروض عليهم، وبالنظر إلى وقائع القضية ومعطيات الملف؛ لم يخرق القانون، وبالتالي يتعين رفض الطعن بالنقض.

وكذلك القرار الصادر بتاريخ 2002/10/16 عن المحكمة العليا[2]، الذي يقرر أنه على قاضي الموضوع فحص عقد العمل على ضوء الشروط والأوضاع المنصوص عليها في المادة 12 من القانون11/90 المتعلق بعلاقات العمل، وما يترتب عن ذلك وفقا لأحكام المادة 11 من نفس القانون وإن استمرت علاقة العمل بعد أجل مدة العقد. ومن الثابت في قضية الحال أن علاقة العمل التي كانت تربط الطرفين هي علاقة محددة المدة على أساس المادة 106ت م التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، فالعقد المبرم بين الطرفين هو عقد محدد المدة من 1999/01/05 إلى 1999/03/31. حيث أن تحليل قضاة الموضوع غير وارد في القانون 11/90 لاسيما المادة 12،

[1]- المجلة القضائية، سنة 1992، ع 02، ملف رقم 66988، ص 93-95.

[2]- المجلة القضائية، سنة 2004، ع01، ملف رقم 242693، ص 119-121.

باعتبارهم أن العقد السابق عقد غير محدد المدة على أساس أن المنصب هو منصب دائم، ما جعل هذا القرار مخالف للقانون ومعرض للنقض كون قضاة الموضوع لم يفحصوا الالتزامات الواردة في العقد محل النزاع ليحددوا طبيعته.

إن القصد من تسمية المشرع لعقود هو تحديد القواعد الخاصة به؛ وتعيّين القواعد المكملة والآمرة المناسبة التطبيق عليه، لذلك ينبغي على القاضي تكيّيف العقد باعتباره سلطة ينفرد بها على وجه الاستئثار وخطوة سابقة لمرحلة تطبيق القانون تقيدا بالقانون.

## ثانيا: القاضي غير ملزم بالتقيّد بتكيّيف الخصوم

القاضي غير ملزم بالتقيّد بتكيّيف الخصوم عند مباشرة القاضي لعملية التكيّيف القانوني للعقد حسب ما نصت عليه المادة 29 ت إ م إ. ولا سلطة في التكيّيف لإرادة الأطراف المتعاقدة[1]، فلهما حق تحديد الآثار العملية التي يرغبان في تحقيقها بالعقد المبرم. فعند تحديد أثار العقد يقوم القاضي بإدخالها كما حددها المتعاقدان في إطارها قانوني دون أن يتوقف ذلك على التسمية التي يعطيها المتعاقدان لهذا العقد[2]. إذ أن المتعاقدان قد يتفقان في وصفهما لهذا العقد مع القانون، وقد يتعمدان إعطاءه وصفا مغايرا لحقيقته سواء عن قصد أو نتيجة جهل بالقانون.

وبالنظر إلى اختلاف الأهداف والغرض في إطار المعاملات بين الأشخاص، فلا يمكن لأي واحدة أن تلغي الهدف من وجود القانون والغاية منه، أو استبعاد تطبيقه. وباعتبار أن القانون وجد حتى يطبق ويضمن استقرار المعاملات بين الناس، فإن القاضي يسعى إلى تطبيقه وهي مهمته الأساسية التي كلف بها بدون أن يكون لأي طرف دخل أو دور في ذلك. فالقاضي يفحص جيّدا

---

[1]– عكس ما هو موجود في التشريع الفرنسي حيث تسمح المادة 42 الفقرة 03 من تقنين الإجراءات المدنية الجديد لسنة 1975 التي تسمح للطرفين بتقيّيد القاضي بتكيّيف العقد بمقتضى اتفاق صريح. راجع:

J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 130, p 154.

[2]– محمد صبري السعدي، العقد والإرادة، نفس المرجع، ص290. علي فيلالي، نفس المرجع، ص396. العربي بلحاج، نفس المرجع، ص243. لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، ط 2005، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،ص152. إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج08، عقد البيع،1995،ب ب ن، ص88.

التصرفات القانونية التي تربط الخصوم ويكيّفها التكيّيف القانوني الصحيح طبقا للقانون ولو خالف ذلك التسمية التي اختارها المتعاقدين، وهذا ما أكده القضاء في عدد من القرارات الصادرة عنه:

نذكر القرار الصادر عن المجلس الأعلى[1] (المحكمة العليا حاليا) في 1985/07/13 الذي يعتبر مسألة عدم تقيّد القاضي بتكيّيف الخصوم أثناء قيامه بالتكيّيف **مبدأ لا يجوز مخالفته** والعبرة هو بما يتبين أنه الحقيقة من الوقائع المطروحة أمام قضاة الموضوع. حيث أن قضاة الموضوع تجاهلوا العقد المبرم بتاريخ 1975/12/17 بين (م أ) و(ح ع) والمنشور في جريدة الإعلانات القانونية بتاريخ 1975/12/25 تحت رقم 7053، وطردوا الطاعن (م أ) من الشقة التجارية المتنازع عليها. وأن القرار **اكتفى** بالقول أن (م أ) سلم المحل الذي استأجره لشخصين مقابل 4500دج كل سنة؛ حتى يصادقوا عن التنبيه بالإخلاء، دون أن يكون ثمة دليل على تغيّير نوعية نشاط المحل المتنازع علية. إلا أن قضاة القانون اعتبروا العقد إيجار تسيّير حر موثق ومنشور في جريدة الإعلانات الرسمية، وليس إيجار من الباطن كما كيّفه قضاة الموضوع وتم تجاهل العقد الرسمي، مما تعين نقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في 1982/12/11 وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى.

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[2] بتاريخ 1994/03/22 القاضي بقبول الطعن بالنقض. حيث أن قضاة الموضوع لم يبحثوا عن التكيّيف الصحيح للتصرف محل النزاع، وسمحت المحكمة للوصية أن تكون مقبولة على أساس الشرع، واعتبر قضاة الموضوع أن التنزيل المحرر بتاريخ 1975/11/20 وصية، وسايروا بذلك الوصف المعطى من طرف الموصية للتصرف وكيّفوه في نفس السياق، لأن كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث يعتبر وصية. ويتضمن هذا التنزيل حسب عبارات القرار، وبصورة صريحة تنزيل المطعون ضدها (ب ب) منزلة البنت الصلبة، مع أن التنزيل شرعا وقانونا لا يتم إلا بين الأصول والفروع وبتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ

---

[1]- المجلة القضائية، سنة 1989، ع03، ملف رقم 36596، قضية ( م أ ) ضد ( ح ع )، ص 90-92,

[2]- المجلة القضائية، سنة 1995، ع01، ملف رقم 95385، قضية ( م م ز ) ضد ( ب ب )، ص 134-138.

المنزل مناب المتوفى في حدود ما قررته الشريعة الإسلامية[1]. لذلك قرّرت المحكمة العليا بأن هناك خرق لأحكام الشريعة الإسلامية وخطأ في تطبيق القانون، وعلى قضاة الموضوع البحث عن التكيّيف القانوني الصحيح للتصرفات التي تكون محل نزاع أمام القضاء، ولا يتقيّدوا بما يصبغه ذوي الشأن على تصرفاتهم، مما يستوجب نقض القرار المطعون ضده.

استعمل القاضي أثناء حديثه عن التنزيل مصطلح "عقد" فالتنزيل لا يعتبر عقدا يتطلب توافق إرادتين ليرتب آثارا القانونية، بل هو حلول قانوني يحل فيه الأحفاد الذين توفى والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا. وقد كيّف هذا الحلول القانوني الإلزامي على أنه وصية قانونية (واجبة) حلت فيها إرادة المشرع محل إرادة المورث[2].

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[3] بتاريخ 2005/06/08 الذي يقضي بأن تغيّير علاقة العمل من علاقة غير محددة المدة إلى علاقة محددة المدة بناءا على اتفاقية جماعية تفرض تحرير **عقد صحيح** في إطار القانون بمراعاة أحكام المادة 12 من القانون11/90 حتى في حالة الاتفاق بموجب اتفاقية جماعية على تغيّير طبيعة عقد العمل.

حيث اتفاق الأطراف المتعاقدة (مؤسسة البناء لمدينة الجزائر) و(ن س) في قضية الحال بتاريخ 1998/09/30على تغيّير طبيعة العقد من عقد غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة بناءا على اتفاقية جماعية لا يرتب أثاره، إذا توصل القاضي من خلال مراجعته للعقد أنه مخالف لأحكام القانون؛ خصوصا لأحكام المادة 12 من القانون رقم 11/90، ولا يقيّد القاضي في إعطاء العقد تكيّيفه القانوني الصحيح.

---

[1]– محمد بن سالم، التنزيل على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، ع 01، ص39. وقد أورد القرار رقم 258898 بتاريخ 2001/02/21 من هم الأحفاد حسب المادة169 ت أ؛ ولم يتم تعديل المواد المتعلقة بالتنزيل في الأمر المتمم والمعدل الصادر في2006/02/27. كذلك ناجي ليشاني، نظرة حول قانون الأسرة(المواريث)، الندوة الجهوية حول قانون الأسرة، عنابة في1998/11/26، الغرفة الجهوية للموثقين ناحية الشرق، ص16. وأكدت المحكمة العليا–مبدأ– أن تنزيل الأحفاد أصبح تلقائيا بعد صدور ت أ في 09 يونيو 1984، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، ع01، ملف رقم 309029، قرار بتاريخ 01/04/ 2006، قضية (ورثة خ ج) ضد (ورثة ب ح)، ص443.

[2]– ناجي ليشاني، نفس المرجع، ص ص 16–17.

[3]– مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، ع01، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 299456، قرار بتاريخ 2005/06/08، قضية مؤسسة البناء لمدينة الجزائر ضد (ن س)، ص 159.

هذا ما تبيّن في القرار[1] الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/03/16 حيث قررت أن قاضي الموضوع أصاب في تأسيس قضائه واستعمل سلطته في مراقبة شرعية عقود العمل المحددة المدة ومدى احترامها للشروط التي تتضمنها المادة 12 من القانون 11/90. ومتى توصل القاضي في تحليلاته القانونية التي هي من صميم اختصاصه إلى مخالفة العقود لشروط المادة 12 واعتبرها عقودا غير محددة المدة تأسيسا على المادة 14 من نفس القانون، بعد فحصه للعقود التسعة المحددة المدة التي قدمها العامل وتوصل إلى أن السبب المذكور يتمثل في أعمال البناء ولم يذكر في العقد أن سبب التوظيف كان مؤقتا، فضلا عن أن المناصب التي كان يشغلها العامل لا تدخل ضمن أي حالة من حالات المادة 12، فإن قضاءه مطابق للقانون. وعدم قيام مفتش العمل بدوره القانوني وعدم اكتشافه أي عيب **لا يمنع القاضي من القيام بدوره** في مراقبة قانونية هذه العقود.

القاعدة في التكيّيف أن العبرة ليست بالوصف الذي يصبغه المتعاقدان على العقد، إما عن جهل أو عن غلط أو عن تعمد لإخفاء غرض غير مشروع[2]، بل بما يتبين أنه الحقيقة من الوقائع التي تعرض على القاضي بما له من سلطة. وأن الخصوم غير ملزمين بإعطاء العناصر الواقعية التي يطرحونها على القضاء تكيّيفا قانونيا معينا[3]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى القاضي غير ملزم بدعوة الخصوم إلى مناقشة الوصف الذي يريد أن يعطيه للعقد فهذا لا يدخل ضمن مبدأ الوجاهية الذي تضمنته المادة 03 ت إ م إ، أو حتى لإبداء ملاحظاتهم حول الوصف[4]، طالما أن هذا التكيّيف مستمد من وقائع القضية إعمالا للقانون.

---

[1]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، ع01، ملف 292486، قرار بتاريخ 2005/03/16، قضية ( مؤسسة البناء السريع) ضد (ل ي)، ص 135.

[2]- العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 243.

[3]- نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، نفس المرجع، ص 73.

[4]- مصطفى العوجي، القانون المدني–العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج01، 2007، ص724.

هكذا شدد الأستاذ Jossera عام 1928 أنه لا يمكن أن يتوقف على المتعاقدين تغيّير طبيعة العقد، وتحريفه، وينسب إليه اسم لا يناسبه مطلقا. ويقول أن:"**غلط في الملصقة عن وعي أو بلا وعي لا يغيّر من محتوى القارورة**" وبتعبير أخر فالمرور من الواقع إلى القانون يخرج عن الإرادة[1].

## ثالثا: القاضي مقيّد بالتكيّيف وفقا للقانون

القاضي لا يتقيّد بتكيّيف الخصوم لعدة اعتبارات منها احتمال نسبة الخطأ في تكيّيف الخصوم كبيرة وعدم توافقه مع حقيقة وطبيعة العقد، ولكن السؤال الذي نادرا ما يطرح يتمثل في معرفة هل يتمتع القاضي بنفس السلطة لما يكون عدم توافق الاسم مع طبيعة العقد مصدره القانون بحد ذاته؟

فالقاعدة تقول أنه لا مجال للاجتهاد أمام وجود نص، وما دام القاضي هو الملزم بضمان تطبيق واحترام القانون، فإنه لا يمكن له التخلص من التكيّيف القانوني المعطى من طرف المشرع لعقد ما، بحجة إرجاع الطبيعة الحقيقية له، لأن القول بذلك يؤدي إلى هدم القوة الإلزامية للقانون[2].

لنفرض قيام الشك بشان دقة بعض التكيّيفات المعطاة من طرف القانون التي يمكن الاعتراض عليها للوهلة الأولى، وهي تدخل ضمن سلطة المشرع في سن القوانين وبالاستعانة بالخيال القانوني (fictions juridiques). ويتجسد ذلك في وضع حلول قانونية تكون مخالفة لحقيقة طبيعة الأشياء، حيث تكون أقرب إلى الخيال. يظهر ذلك خصوصا في تمديد نطاق تطبيق القواعد القانونية الموجودة على حالات لا تتعلق بما هو مفترض مسبقا. ولما يواجه القاضي مثل هذه الحالات الاستثنائية، لا يكون عليه إلا تطبيق القانون كما هو، دون زيادة ولا نقصان. حيث يتقيد بمختلف التكيّيفات المقررة قانونا، لتحقيق الغاية القانونية المرجوة. مثلا: اعتبار بعض المنقولات غير منقولات، وإنما تدخل في حكم العقارات وتسمى بالعقار بالتخصيص حسب ما جاء في المادة 683 ت م[3]، التي تقرر استثناء على المبدأ العام فتطبق أحكام العقار على المنقول، و لكن هذا العقار بالتخصيص إذا تم التصرف

---

[1] – J. ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, p 127-128 .

[2] – Cécile PERES, La loi, le juge et la qualification du contrat, RDC, 2007, n° 03, p 671 .

[3]– تنص المادة 683 ت م على:"كل شيء مستقر وبحيّزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، لخدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقار بالتخصيص".

فيه منفردا يعتبر منقول. كما يمكن للمشرع أن يوجد بيوع بدون ثمن، أو عقود عمل دون وجود علاقة التبعية وهكذا.

وكنتيجة لما سبق؛ سلطة القاضي في إعادة تكيّيف العقد تتوقف بصفة طبيعية وآلية لما تكون جذور هذا التكيّيف من عمق إرادة المشرع. لأن التكيّيف المعتمد الذي لا يتوافق مع طبيعة الأشياء ليس وليد الصدفة القابلة للنقاش، بل هو وسيلة لجأ إليها المشرع عن وعي ودراية. ولكن إذا كان التكيّيف المعطى للعقد جاء مخالفا للقانون أو غير صحيح لسبب أو لأخر فإن حكمه يكون غير ما سبق ذكره، ولكن كيف يكون ذلك؟

## الفرع الثاني: تقدير القاضي لإعادة تكيّيف العقد

قد يضفي ذوي الشأن تسمية معينة على الاتفاق المبرم بينهم، وقد لا يضفون أي تسمية، وقد يوفقون في وصف تصرفاتهم كما يمكن أن يخفقوا. ومهما كان الحال يكون القاضي ملزما بتكيّيف العقد، كما يكون بإمكانه إعادة تكيّيف هذا العقد حيث يتصدى لإرادة الأطراف المتعاقدة، ولكن هل يعد خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد؟ وهل يقع على القاضي واجب دعوة الخصوم لمناقشة إعادة تكيّيف العقد محل النزاع؟

بالرجوع إلى القرارات القضائية؛ نجد مبدأ يتعلق بإمكانية قيام القاضي بعملية إعادة التكيّيف (أولا)، وترد عليها بعض الاستثناءات (ثانيا).

### أولا: مبدأ إعادة تكيّيف العقد

إنّ القاضي ملزم بتطبيق القانون تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة لديه[1]، وإلا كان قضاءه عرضة للنقض. واللحظة التي يمارس فيها القاضي التكيّيف هي اللحظة الحاسمة في نشاطه؛ إذ بمقتضاها يتوصل إلى تحديد تطبيق القاعدة القانونية وحل النزاع بسهولة[2]. ونادرا ما يعرض على القضاء تصرف غير موصوف من قبل ذوي الشأن، ولما يتوصل القاضي إلى أنه عقد، يقوم بتكيّيفه

[1]– محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 290.

[2]– محمد نور عبد الهادي شحاتة، نفس المرجع، هامش 44، ص 56.

على ضوء ما يتضمنه باعتباره مبدأ ثابت يعود لوظيفته. وإن مجرد تسمية عقد من طرف المتعاقدين لا يشكل عائقا أمام القاضي يحول دون الوصول إلى التكيّيف القانوني الصحيح، وإن كان عمليا يمكن أن يوقعه في غموض محتمل، وهذا الأمر غير محبذ وغير وارد على الأقل نظريا.

قد يكون الوصف المعطى للعقد موفق وموافق للقانون؛ إما صدفة وإما لعلم وتقبل الأطراف للآثار القانونية المترتبة عليه ولأن تلك القواعد القانونية هي التي ستطبق على علاقتهم. فلا يستدعي الأمر إعادة التكيّيف لأن النتيجة واحدة. ولكن غالبا ما يطلق المتعاقدان أو من ينوب عنهم أوصافا على مختلف التصرفات، فقد يخطئون في وصفهم للعقد، وقد يعطيانه وصفا مغايرا لحقيقته؛ بهدف إخفاء العقد الحقيقي تحت ستار عقد آخر لا تنطبق أحكامه على مضمونه، تهربا من آثاره القانونية. وبذلك يكون الوصف غير موافق لمضمون وحقيقة العقد، والسبب هو جهلهم بالقانون وتفاصيله، فيكون التكيّيف خاطئا.

أما في حالات أخرى، فإن التعمد هو سيد الموقف. فالمتعاقدان يعلمان جيّدا النتيجة والقواعد القانونية التي سوف تستهدف اتفاقهم وبالتالي يدركون الآثار القانونية التي سوف تترتب على العقد والالتزامات التي سوف يتحملها كل طرف، ولذلك ينتقون الأوصاف المختار بعناية. فيتعمّد الطرفان في ستر العقد الحقيقي، أو إخفاء أغراض غير مشروعة، كستر عقد هبة أو إخفاء ربا فاحش في صورة إيجار أو تبرع إلى ما بعد الموت في صورة عقد بيع. ففي هذه الحالات على القاضي أن **يعيد** للعقد وصفه الصحيح[1]، لأن التكيّيف غير الصحيح يمكن للقاضي تصحيحه[2]. وهذا ما يطلق عليه إعادة تكيّيف «La requalification» حيث على القاضي أن يجرد العقد من التكيّيف غير الصحيح «Disqualifier le contrat» ويعيد له التكيّيف القانوني الصحيح الذي يتوافق مع مضمونه وفقا

---

[1]– أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات زين الحقوقية، ج01، بيروت، لبنان، 2007، ص09. وكذلك: F.C. Dutilleul et Ph. Delebecque, op cit, p 27 et 28.

[2] – J. ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3e éd, LGDJ, DELTA, paris, 1993, n° 918, P 940. et Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civil, Dalloz, 25éd, 1999, paris, n° 519, P 452. Et Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, Droit civil, édition Dalloz, Paris, 8e édition, 2005, p 239.

و توجد العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا تكرس هذا المبدأ المتمثل في تصحيح التكيّيف وهو ما يسمى بإعادة التكيّيف التي سوف نذكرها تباعا.

للقانون[1]. فيقوم القاضي بتصحيح الخطأ المرتكب من طرف الخصوم بخصوص التكيّيف من أجل إبراز الطبيعة الدقيقة للتصرف[2]، فعليه أن يقوم بتصحيح هذا الوصف ولو لم يطالب به أحد المتعاقدان باعتباره التزاما قانونيا.

وقد كرس الاجتهاد القضائي مبدأ إعادة تكيّيف عقد العمل محدد المدة المشار إليه في تشريع العمل، من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي أكدت أن عقود العمل المبرمة لمدة محددة ومخالفة للقانون تنقلب إلى عقود عمل غير محددة المدة وفقا للقانون، و تكيّيف علاقة العمل المبنية على عقد غير مكتوب بأنها قائمة لمدة غير محددة[3].

ويظهر ذلك في القرار الصادر عن المحكمة العليا[4] بتاريخ 1998/09/15 بموجب الطعن بالنقض الذي رفعه (ص ش) بتاريخ 1996/07/02 ضد حكم محكمة مروانة بتاريخ 1996/03/05 القاضي برفض الدعوى على أساس أن العقد الذي يربط (ص ش) مع (م ب) هو عقد محدد المدة. في حين يظهر من وقائع القضية أن الطرفين ارتبطا بعقود عددها خمسة وليس عقد واحد منذ 1992، ثم استمرت علاقة العمل حتى تم توقيفه عن العمل في1995/09/11. وبذلك أكدت المحكمة العليا أن إسمرارية علاقة العمل كحارس ليلي دون عقد مكتوب سمح بتغيير طبيعة العقد الذي أبرم في البداية على أساس أنه محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة. و يترتب على ذلك آثار قانونية مختلفة عن تلك المترتبة في حالة عقد عمل محدد المدة، حيث في حالة عقد العمل المحدد المدة يكون تسريح العامل مبررا بعد انتهاء مدة العقد، وهذا الذي لم تبيّنه محكمة مروانة مما عرض حكمها للنقض.

---

1 – Jean-Pierre SCARANO, Dictionnaire de droit des obligations, ellipses,1999, Paris, p175.

2 – Cécile Pérès, La loi, le juge et le qualification du contrat, Revue des contrats, 2007, n° 03, 3, p 671.

3– طربيت سعيد، عقود العمل محددة المدة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خده، 2011.

4– مجلة المحكمة العليا، سنة 2002، ع02، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 16430، قرار بتاريخ 1996/09/15، قضية (ص ش) ضد (م ب)، ص 270.

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[1] بتاريخ 2006/03/08 في قضية مؤسسة نفطال ضد (ب أ)، حيث تربطهما علاقة عمل تعتبر محددة المدة في نظر المؤسسة المستخدمة كونها قائمة على عقود مختلفة اشتغل بها العامل في مناصب مختلفة ولفترات متقطعة، هذا ما سمح لها بتسريح العامل. إلا أن محكمة سكيكدة في حكمها الصادر بتاريخ 2002/12/03 قضت بإعادة إدماج (ب أ) إلي منصبه الأصلي وبتعويضه عن فترة التوقيف، كون التسريح تعسفي. حيث أسست المحكمة قضاءها على المادة 14 من القانون 11/90، باعتبار أن عقود العمل المحتج بها من طرف مؤسسة نفطال وخاصة العقد الأخير منها المحرر بتاريخ 2000/10/24 ذكرت فيه جميع حالات المادة 12 من القانون 11/90 ما يعني أن سبب التشغيل غير محدد، ومنه العقد غير محدد المدة فالتسريح تعسفي، ما جعل المحكمة العليا ترفض الطعن بالنقض الذي رفعته المؤسسة المستخدمة.

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[2] بتاريخ 2000/03/14 الذي أكد أن عقود العمل المبرمة لمدة محددة مخالفة للمادة 12 من قانون 90-11 تتحول إلى عقود غير محددة المدة وفقا لنص المادة 14 من نفس القانون. وإن انعدام عقد عمل مكتوب مع استمرارية علاقة العمل بعد انتهاء العقد المحدد المدة، يجعل منها عقودا غير محددة المدة، بحيث لا يسمح للهيئة المستخدمة بتوقيف العامل. ونفس الشيء بالنسبة لحالة عدم احترام شروط عقد العمل محدد المدة طبقا لنص المادة 12 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

والقاعدة كما في التكيّيف؛ القاضي غير ملزم بدعوة الخصوم لمناقشة تغيّير التكيّيف القانوني للعقد محل النزاع، كون مسألة إعادة التكيّيف تدخل ضمن عملية إعطاء التكيّيف القانوني الصحيح. وفي حالة مخالفة القانون يكون إعادة التكيّيف آليا، حيث يقضي به القانون صراحة ويعتبر كجزاء، حيث يظهر ذلك في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا. إلا أن إعادة تكيّيف العقد يتميّز عن تكيّيف العقد باستثناءات ترد عليه تمخضت من مختلف التطبيقات القضائية المرسخة للمبادئ القانونية.

[1]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، ع01، ملف رقم 329195، قرار بتاريخ 2006/03/08، قضية مؤسسة نفطال ضد (ب أ)، ص 269.

[2]- المجلة القضائية، سنة 2001، ع02، ملف 188773، القرار 2000/03/14، قضية(م ون) ضد(ع ع أ)، ص172.

## ثانيا: الاستثناءات الواردة على مبدأ إعادة تكيّيف العقد

لا يمكن للقاضي إعادة تكيّيف العقد إذا كان أمام الحالات التي تطرقت لها المحكمة العليا وتتمثل في مخالفة النظام العام كحيازة الحكم القضائي على قوة الشيء المقضي فيه، وفي حالة الاستناد على عناصر خارجية عن العقد، وحالة المساس بحقوق مكتسبة.

**1. لا يمكن إعادة تكيّيف عقد مكرس بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه:**

وتجدر الإشارة إلى أن قوة الشيء المقضي تختلف عن حجية الأمر المقضي، إذ يتمتع الحكم بالحجية بمجرد صدوره وإن كان يقبل الطعن بطرق الطعن العادية (الاستئناف والمعارضة)، بينما الحكم الحائز لقوة الشيء (الأمر) المقضي به هو ذلك الحكم الذي لا يجوز الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية (الاستئناف والمعارضة)، سواء صدر غير قابل له أو أصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن أو بعدم قبوله. ويحوز الحكم قوة الأمر المقضي فيه طالما كان غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية ولو كان يقبل الطعن بطريق من طرق الطعن غير العادية أو طعن بها فعلا[1].

فالحجية هي نوع من الحرية يتمتع بها الحكم القضائي، وبمقتضاها يعتبر محصنا بقرينة لا تقبل إثبات العكس على صدوره صحيحا. فيمتنع على المحكمة التي أصدرت الحكم أن تعيد النظر فيما قضى به الحكم، كما يمتنع على المحاكم الأخرى أن تنظر فيما سبق الفصل فيه[2]، إلا فيما يتعلق بتصحيح الأخطاء المادية أو الإغفال الذي يشوبه وذلك حسب ما ورد في المادة 286 ت إ م إ.

يكون للحكم القضائي حجية ولو كان قابلا للطعن فيه بإحدى طرق الطعن، بمعنى أن عدم صيرورة الحكم باتا لا يمنع من التمسك بعدم جواز النظر في الدعوى السابق الحكم فيها، إنما هذه الحجية تكون مؤقتة تزول إذا ألغي الحكم وتثبت إذا ما أصبح باتا[3]. ويترتب على حيازة الحكم لقوة

---

[1]- علي أبو عطية هيكل، نفس المرجع، ص 505.

[2]- عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، طبعة 2002، ص 126.

[3]- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ط 04، 1989، ص 529. علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 503.

الشيء المقضي فيه عدم جواز النظر في الدعوى من جديد أوعرض النزاع مرة أخرى على القضاء، إذ يعتبر حجة بما قضي فيه من حقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينه[1].

حيث قضت المحكمة العليا[2] في قرار لها مؤرخ في 2007/01/10 أنه لا يمكن إعادة تكيّيف عقد إيجار مكرس **بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه** بعقد عارية اعتمادا على **تصريح شرفي يتضمن شهادة شهود** والفصل في دعوى الحال دون اعتبار للحكم الصادر في 2002/03/02 يعد مخالفة للمادة 338 ت م[3] المتمسك بها من قِبل الطاعن. ويستند (س ب) في طعنه وينعي على القرار المطعون فيه أن موضوع النزاع فصلت فيه محكمة تلمسان التي أقرت صفة المستأجر في عدة أحكام حازت قوة الشيء المقضي فيه لا سيما **الحكم الصادر في 2002/03/02 الذي لم يستأنف** واعتبر أن العلاقة بين الأطراف هي علاقة إيجار لا أساس للعارية.

وتبيّن فعلا للمحكمة العليا أن قضاة المجلس القضائي أسسوا قضاءهم على أن علاقة الإيجار بين الطرفين انتهت، ونشأت بينهما علاقة جديدة بموجب عقد عارية استنادا إلى التصريح الشرفي المقدم من طرف المطعون ضدهما. في حين علاقة الإيجار التي تربط الطرفي لا تزال قائمة ومكرسة بأحكام قضائية نهاية، وكرست للطاعن (س ب) صفة المستأجر لا سيما الحكم الصادر في 2002/03/02. وباعتبار الحكم نهائي قطعي[4] قضى بأن المطعون ضدهما لم يثبتا عقد العارية ولو بالبينة، فإنه لا يمكن رفع دعوى أخرى بعد صدوره بين نفس الأطراف وحول نفس الموضوع وبنفس السبب. ومحاولة إثبات عقد العارية مرة ثانية بتصريح شرفي يتضمن شهادة شاهدين في الدعوى الحالية، دون الأخذ بعين الاعتبار الأحكام السابقة. فإعادة تكيّيف العلاقة التي تربط الخصوم إلى عقد عارية غير قائم، مما عرض قضاء قضاة الموضوع للنقض.

---

[1]– عمارة بلغيث، نفس المرجع، ص 123.

[2]– مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، ع01، ملف رقم 365245، قضية (س ب) ضد (ص هـ) ومن معه، ص 313.

[3]– المادة 338ت م:" الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم... ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا". عكس ما هو موجود في التشريعات المقارنة حيث كانت القاعدة في بداية الأمر أن لا تقضي المحكمة بالحجية من تلقاء نفسها وقد انتقد عدم اعتبار الحجية من النظام العام وبعد ذلك أصبح للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، راجع أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، نفس المرجع، ص 530.

[4]– يكون الحكم نهائي قطعي، نهائي أي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف ولو كان قابلا للطعن بالمعارضة أما قطعي أي الذي يحسم موضوع النزاع كله أو جزء منه. عمارة بلغيث، نفس المرجع، ص 119 وما يلي.

وهكذا تحصن التكيّيف وأصبح له مركزا متميّزا، وبتأكد المحكمة من شروط قوة الشيء المقضي فيه يمنع إعادة التكيّيف العقد بحكم النظام العام[1]. ومن الأجدر لو اعتبرت الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه من النظام العام صراحة، يثيره القاضي من تلقاء نفسه عكس ما نص عليه التقنين المدني في المادة 338 منه. ويعود السبب في ذلك إلى احترام الحكم السابق صدوره في نفس الدعوى دون أن تتغير صفة الخصوم ومحل وسبب الحقوق، وهذه الحجية جديرة بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام، لما يترتب على إهدارها من تأبيد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لأصحابها.

**2. لا يمكن إعادة تكيّيف العقد بالاستناد على العناصر الخارجية للعقد[2]:**

كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا[3] بتاريخ 2002/10/16، القاضي بأنه لا يكفي استناد قاضي الموضوع إلى أن المنصب محل العقد منصب دائم لإعادة تكيّيف عقد العمل من عقد محدد المدة إلى عقد عير محدد المدة. حيث أن قاضي الموضوع لما اعتبر العلاقة المبنية على ذلك العقد هي علاقة غير محدد المدة بحكم أن المنصب دائم، كان عليه فحص العقد على ضوء الشروط والأوضاع المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 11/90، وما يترتب على ذلك وفقا لأحكام المادة 11 من نفس القانون وإن استمرت علاقة العمل بعد أجل مدة العقد هذا ما عرّض حكمهم للنقض، باعتبار أن الصيغة الدائمة للمنصب محل العقد ليست المرجع للقول أن العلاقة هي غير محدد المدة.

---

[1]- سواء تعلق الأمر بالعقد أم بالدعوى؛ حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ 2008/01/16 في قضية (ب م) ضد (المؤسسة المينائية جن جن)، أنه لا يجوز للقضاة عند إعادة السير في بالقضية بعد الخبرة مراجعة الوصف القانوني للنزاع الوارد في الحكم الآمر بها، ويتعلق الأمر بخرق حجية المقضي به كون القرار الصادر قبل الفصل في الموضوع من نفس المجلس القضائي اعتبر العملية التي تمت من قبل القاطرة بأنها عملية إسعاف والخبير عين من أجل تحديد حصة كل طرف وبالتالي القرار يكتسي الطابع التمهيدي ولا يسوغ لقضاة الاستئناف وعند الرجوع بعد الخبرة مراجعته فيما قضى به من إعطاء وصف قانوني معين للعملية المذكورة والقرار المطعون فيه كيّف هذه الأعمال بأنها خدمات قطر بسيطة وهذا يناقض ما جاء في القرار التمهيدي الذي فصل نهائيا مما يتعين نقض القرار. مجلة المحكمة العليا، سنة 2008، ع02، ملف رقم 474038، ص 237.

[2]- كما لا يمكن لقضاة الموضوع إعادة تكيّيف الدعوى وتغيّير طبيعتها أمام استحالة إثبات الأطراف مزاعمهم وإلا حرّفوا الوقائع هذا ما راقبه قضاة القانون. مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2010، ع خ، الجزء الثالث، ملف رقم 206296، قرار بتاريخ 2001/01/31، قضية (ع ب) ضد (ع م) ومن معه، ص156- 160.

[3]- المجلة القضائية، سنة 2004، عدد01، ملف رقم 242693، قضية (المندوب الجهوي للوكالة الوطنية للتهيئة والعمرانية) ضد (ب ع ر)، ص 119.

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[1] في 2007/12/05 أين تقرر أن شغل عون الأمن وظيفة الأمن الداخلي في مؤسسة عمومية والتي هي وظيفة عضوية دائمة في مؤسسة عمومية لا يؤدي لوحده إلى تغيّير طابع العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة. حيث اعتبر قضاة محكمة سكيكدة في الحكم الصادر بتاريخ 2004/07/13 أن المنصب الذي يشغله المطعون ضده دائم عضوي مستمر، وألغى قرار التسريح وإلزام مؤسسة الأمن والحماية بإعادة إدماج المدعي (ح ص) في منصب عمله ومنحه تعويضا ماليا. وبذلك يكون الحكم قد خالف نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 96/158 التي تتعلق بوظيفة الأمن والحراسة بأن تكون عضوية ودائمة ومستمرة، ولا تتعلق بالمنصب الذي يشغله الشخص في حراسة المؤسسة.

لذا قررت المحكمة العليا أن قاضي الموضوع أخطأ في تفسير المادة 02 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر التي تخص الوظيفة وليس الشخص، وأن قاضي أول درجة له رقابة متى تكون علاقة العمل المبرمة ضمن الحالات الواردة في المادة 12 من القانون 11/90، وأن الوقوف على شكل العقد فقط لا يكفي لإثبات مخالفة أحكام هذه المادة. بل كان على قضاة الموضوع التأكد من الحقيقة الموضوعية للسبب الذي شغل من أجله (ح ص)، ولا يكفي الاستناد إلى وظيفة الأمن التي هي وظيفة دائمة في مؤسسة عمومية لتغيّير طابع العقد من عقد غير محدد المدة إلى عقد محدد المدة.

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[2] بتاريخ 1999/12/07 الذي يقضي بأنه لا يمكن اعتبار عقد التسيّير الحر بمثابة عقد إيجار تجاري مهما طالت مدة بقاء المسيّر بالمحل التجاري. فلا يمكن الاستناد على المدة التي بقي فيها المسيّر في المحل التجاري حتى تتغير طبيعة العقد، وينقلب من عقد تسيّير حر إلى عقد إيجار تجاري شفوي. حيث يتبيّن من قضية الحال أن المسيّر بقي في المحل بعد انتهاء مدة عقد التسيّير في 1974/12/31 ولجئت الطاعنة أرملة (ر ش) إلى القضاء قصد إنهاء عقد التسيّير الحر الذي يربطها بـ (م م) بعد أن وجهت له تنبيها بالإخلاء، إلا أن قضاة مجلس قضاء جيجل في قرارهم الصادر بتاريخ 1999/01/20 رفضوا دعواها بسبب انتهاء عقد التسيّير الحر. واستمرار بقاء المسيّر بالمحل يجعله مستأجرا بطريقة شفوية وبالتالي يخضع لأحكام

---

[1]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، ع02، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 411734، قرار بتاريخ 2007/12/05، قضية (مؤسسة الأمن والحماية) ضد (ح ص)، ص 279.

[2]- المجلة القضائية، سنة 2001، ع01، ملف رقم 201563، قرار بتاريخ1999/12/07، أرملة(ش ر) ضد(م م)، ص 209.

المادة 203ت ت. إلا أن المحكمة العليا اعتبرت تأسيس قضاة المجلس لا أساس له ولا علاقة له بالأحكام الصحيحة للقانون. وأن عقد التسيّير الحر لا يمكنه أن ينقلب إلى إيجار مهما طالت مدة بقاء المسيّر، طالما بقي العقد صحيحا وسليما يرتب آثاره، وأن إنهاءه يتم بإنذار مكتوب في أي وقت.

**3. لا يمكن إعادة تكيّيف العقد في حالة المساس بالحقوق المكتسبة:**

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا[1] الصادر بتاريخ 2010/05/06 أنه لا يمكن أن يؤدي تغيّير الطبيعة القانونية للمستخدم من إدارية إلى صناعية وتجارية إلى تعديل عقد العمل إذا كان يسبب أضرارا للعامل ويمس بحقوقه المكتسبة.

حيث صدر حكم عن محكمة الأخضرية بتاريخ 2006/03/19 يعتبر تسريح العامل (م ع) من طرف الوكالة الوطنية للسدود تسريح مطابق للقانون، تأسيسا على أن علاقة العمل التي أرادت الوكالة الوطنية للسدود إبرامها مع العامل هي موافقة للمادة 12 من القانون 11/90، وما دام العامل رفض التوقيع على عقد العمل الجديد المحدد المدة. إلا أن المحكمة العليا اعتبرت أن محكمة الأخضرية لما اعتبرت أن تغيّير الطبيعة القانونية للهيئة المستخدمة يؤدي بالضرورة إلى تغيّير طبيعة علاقة العمل، يعد خرقا وخطأ في تطبيق القانون لاسيما المواد 11؛ 62 و63 من القانون 11/90. لأن عقد العمل لا يمكن تعديله طبقا للمادة 62 إلا إذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات الجماعية تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل. وأن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته يمكن أن تحدث بناءا على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم (المادة 63 منه). وبالتالي تغيّير طبيعة المؤسسة من إدارية إلى ذات طابع تجاري وصناعي لا يمكن بأي حال أن يضر بحقوق العامل التي كانت تربطه بالمؤسسة، و كان على هذه الأخيرة أن تبرم معه عقدا غير محدد المدة مع الاحتفاظ بجميع حقوقه المكتسبة[2].

---

[1]– مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، ع01، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 603823، قرار بتاريخ 2010/05/06، قضية (م ع) ضد الوكالة الوطنية للسدود ( مشروع تهيئة سد كدية أسردون)، ص 356.

[2]– حيث قررت المحكمة العليا مبدأ يتمثل في أنه يمكن أن تتضمن الاتفاقية الجماعية المبرمة مع ممثلي العمال ما لا يوجد في القانون أو أكثر مما يسمح به إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين شريطة أن تكون الاتفاقية في صالح العامل. مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، ع02، الغرفة الاجتماعية، قرار بتاريخ 2007/11/07، ملف رقم 386846، (قضية الديوان الجهوي للحوم لمنطقة الوسط) ضد ( ع أ )، ص 255.

وبالتالي للقاضي سلطة إعادة تكيّيف العقد لا بالاستناد على عناصر خارجية عن العقد مثلا اعتبار وظيفة ما دائمة لا يعني بالضرورة أن العقد غير محدد المدة؛ بل بالاستناد على العناصر الداخلية للعقد مع عدم مخالفة النظام العام، وعدم المساس بالحقوق المكتسبة، لضمان عدم الانحراف بالعقد والخروج عن مبدأ القوة الملزمة بإلزام الأطراف بما لم تتجه إليه إرادتهم، وخصوصا المساس بالحقوق المكتسبة وفقا للقانون. لأن الغاية من القانون هي حماية الحقوق وضمان استقرار المعاملات، وهنا تظهر خطورة إعادة تكيّيف العقد. أما إذا كانت إرادة أحد الأطراف أو كليهما خالفت القانون في قواعده الآمرة؛ سواء على دراية أو على غير دراية، يكون إعادة التكيّيف جزاءا لهذه المخالفة، وتحقيقا للتطبيق الصحيح والسليم للقانون. وبذلك يكون تكيّيف وإعادة تكيّيف العقد واجبا ملقى على عاتق القاضي دون أن يعتبر مساسا بالقوة الملزمة للعقد، وخصوصا مع التوجه الحديث الذي يميل إلى منح دور إيجابي للقاضي أثناء الفصل في النزاعات[1].

وإن سلطة القاضي في تكيّيف العقد وإعادة التكيّيف الصحيح له؛ لا يقتصر على العقد بل يتعداه إلى صفة المتعاقدين، حيث يعطي الوصف القانوني الصحيح لأطراف العقد[2]. فإذا ادعى أحدهم أن صفته في العقد مجرد كفيل ويطلب تحديد النتائج القانونية التي تترتب عن ذلك، فإنه يعود للقاضي تحديد صحة ما يدعيه كل طرف أو عدم صحته، فإذا وجد فيما ورد في العقد أنه مدين متضامن مع المدين الأصلي قرر ذلك. وبالتالي يؤدي هذا الوصف بصورة ضمنية إلى اعتبار العقد قرضا لا كفالة فيكون القاضي قد وصف العقد من خلال وصفه للمتعاقد[3]، فيبدأ بتغيّير صفة الخصوم ليصل إلى تغيّير التكيّيف.

فللمحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون؛ دور في توضيح كل غموض؛ وإزالة خلاف حول مسألة قانونية ما، هذا ما سيتم تناوله في المطلب الموالي.

---

[1]- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، الجزائر، ط01، 2009، ص 67 و68. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، ط 02، 2011، ص 25.

[2]- محمد رياض دغمان، نفس المرجع، ص 121.

[3]- مصطفى العوجي، نفس المرجع، ص 725.

## المطلب الثاني: إبراز وظيفة قضاة القانون

بعدما تبين أن تكيّيف العقد سلطة للقاضي، فقاضي الموضوع ملزم باستعمال حقه في تكيّيف التصرف؛ ولا يتقيّد في ذلك بتكيّيف المتعاقدين. فما هي طبيعة مسألة تكيّيف العقد، هل هو من مسائل الواقع أم هو من مسائل القانون؟ وبعد تحديد طبيعة التكيّيف (الفرع الأول) يتبيّن دور قضاة القانون. فإذا كان التكيّيف مسألة واقع يغيب دور قضاة القانون باعتبار أن قضاة الموضوع لديهم السلطة التامة في إثبات الواقع ولديهم استقلال في نشاطهم الذهني في مجال الواقع. أما إذا كان الجواب عكس ذلك، فإن الأمور تتغير، فيظهر دور قضاة القانون في رقابة التكيّيف(الفرع الثاني) وحدودها(الفرع الثالث).

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لتكيّيف القاضي للعقد

نظرا للخلاف القائم حول طبيعة التكيّيف بصفة عامة، فإنه سيتم عرض مختلف الآراء الفقهية (أولا)، وموقف المحكمة العليا (ثانيا).

#### أولا: موقف الفقه من مسألة التكيّيف

لقد اختلف الفقه حول طبيعة التكيّيف فمنهم من اعتبرها مسألة قانون ومنهم من اعتبارها لا من القانون ولا من الواقع. فكيف كان ذلك؟

**يرى جمهور الفقه** أن نشاط القاضي بصدد التكيّيف يعد نشاطا قانونيا، باعتبار أن التكيّيف يعتمد على معطيات موضوعية؛ ولما يصل القاضي إلى تطابق بين مفترض القاعدة القانونية مع واقع النزاع يتحرك تلقائيا الأثر القانوني الكامن في القاعدة القانونية. وكنتيجة لذلك الخطأ في التكيّيف يعتبر خطأ في تطبيق القاعدة القانونية[1]. وبالتالي التكيّيف مسألة قانونية محضة وبحتا[2]، لأنها تقوم

[1]- أحمد محمود سعد، نفس المرجع، ص 411.

[2]- محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص291. علي فيلالي، نفس المرجع، ص395. آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، رسالة دكتوراه، ط01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص154. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 338. و Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, op cit, p239.

على إعطاء تلك الآثار وصفا قانونيا تمهيد لإنزال حكم القانون عليها. وإذا كان القاضي ملزما بتطبيق صحيح القانون، فإنه يكون ملزما بإعطاء التكيّيف القانوني الصحيح لاتفاقات الخصوم وأثارها، ويفصل في ذلك من تلقاء نفسه[1]. بغض النظر عما يطلقه الخصوم من أسماء على علاقاتهم؛ ودون النظر فيما إذا كان الخصوم قد أثاروا التكيّيف الصحيح أو لم يثيروه[2].

فيجب أن تكون المقارنة التي يجريها القاضي صحيحة حتى يصادف الأثر القانوني محله السليم، وإذا وقع خطأ في هذه المقارنة ينتج عنه بالضرورة انحراف في مسار القاعدة القانونية. وبالتالي القاضي لم يخطئ في تطبيق القاعدة القانونية إلا أنه أخطأ في التكيّيف القانوني عن طريق تطبيق قاعدة قانونية ليست هي اللازمة التطبيق[3]. فالتكيّيف باعتباره عملية ذهنية تقع خارج القاعدة القانونية، فهو متصل بشكل وثيق بنشاط القاضي القانوني. فالتكيّيف مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا هذا من جهة. ومن جهة أخرى، التكيّيف القانوني لا يمكن اعتباره من مسائل الواقع؛ حيث لا سلطان للخصوم عليه كما سبقت الإشارة إليه. فحسب مبدأ سيادة الخصوم في النزاع الخاص فإنهم يعتبرون –مع بعض التحفظ– سادة فيما يتعلق بمجال الواقع، فيطرحون ما يشاءون على القضاء للمطالبة بالفصل فيه. وباعتبار أن القاضي يعلم القانون حسب معنى القاعدة اللاتينية Jura novit curia فهو ملزم بتطبيقه وإلا اعتبر منكر للعدالةDeni de justic، فإن الخصوم لا يقع عليهم أي التزام بتكيّيف إدعاءاتهم، فإن فعلوا فإن ذلك يعتبر زيادة منهم لا يلزم القاضي في شيء[4].

**إلا أن جانبا من الفقه**[5] ذهب إلى القول أن من الناحية النظرية؛ التكيّيف لا يعتبر من القانون ولا من الواقع. فهو لا يعتبر من القانون لأنه مجرد إعمال لذهن القاضي على ضوء النظام القانوني القائم، ولا هو من الواقع بالقطع حيث لا سلطان لإرادة الأطراف عليه، بل هو مجرد وسيلة لازمة لتطبيق القانون. ويرد على أغلبية الفقه الذي يعتبر التكيّيف من مسائل القانون، ويقول أن ذلك راجع

---

[1]– آدم وهيب النداوي، نفس المرجع، ص 159 و160.

[2]– شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، نفس المرجع، ص 117.

[3]– أحمد محمود سعد، نفس المرجع، ص 412

[4]– نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 159.

[5]– حسب الأستاذ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 160.

إلى الصلة الوثيقة بين التكيّيف وتطبيق القانون. وهكذا فإنه وقع خلط بالنسبة لهم بين وسيلة الشيء والشيء نفسه.

**أما الجانب الثالث** فقد أرجع تحديد طبيعة التكيّيف بالنظر إلى إمكانية تعريف القاعدة القانونية[1]، حيث يعتبر التكيّيف عمل قانوني إذا رد الواقع إلى قاعدة قانونية صريحة أو يمكن تعريفها، أما إذا لم يتمكن القاضي من تعريف القاعدة القانونية نظريا وإنما طبقها بوحي من شعوره أو بمقتضى المنطق، فإن التكيّيف يعد عملا منطقيا.

وبالرغم من أن التكيّيف يقتضي جهدا قانونيا كما يقتضي جهدا منطقيا في ذات الوقت، لأنه يتطلب فهم القانون والشروط اللازمة لإعمال نصوصه المختلفة كما يتطلب البحث في طيات الوقائع الثابتة للتحقق من توفر الشروط أو القيود أو العناصر التي يتضمنها القانون مع بذل جهد منطقي في تفهم معاني ألفاظ القانون[2]. إلا أنه يبقى دائما عملية قانونية يترتب عليها نتائج قانونية، الأمر الذي يحتم خضوعها لرقابة المحكمة العليا.

## ثانيا: موقف المحكمة العليا

كما اختلف الفقه حول مسألة التكيّيف، كذلك القضاء اختلف أو بالأحرى شابه تناقض، حيث يتجلى موقف القضاء من خلال قراراته القضائية.

حيث قرر المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، في القرار[3] الصادر بتاريخ 1980/06/09 أن مسألة تكيّيف الاتفاق كعقد إيجار لا مقاولة يدخل ضمن سلطة قضاة الموضوع التقديرية. وبالتالي يتمتعون بحرية اعتماد العناصر التي تبدوا لهم كافية للفصل في النزاع وتقرير ما إذا كان العقد إيجار أو مقاولة. وبذلك يظهر أن قضاة القانون اعتبروا أن مسالة تكيّيف العقد تعتبر من بين المسائل التي يتمتعون فيها باستقلالية، وبالتالي تدخل ضمن سلطتهم التقديرية. ويؤدي القول بذلك إلى خروج مسألة

---

[1]– أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، نفس المرجع، ص 60.

[2]– أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، نفس المرجع، ص 61.

[3]– نشرة القضاة، 1982، ع خ، الغرفة المدنية القسم الثاني، ملف رقم 25608، قرار بتاريخ 1980/06/09، ص168–170.

تكيّيف العقد عن نطاق المسائل التي تشملها الرقابة التي تمارسها المحكمة العليا والتي تعتبر الوظيفة الأساسية المنوطة بها من أجل ضمان التطبيق الصحيح والسليم للقانون.

ويبدو أن هذا القرار وقع فيه تشابك بين السلطة التقديرية التي يتمتع بها قضاة الموضوع والمعترف بها بنصوص قانونية صريحة، وبين النشاط التقديري للقاضي في عملية التكيّيف ذاتها[1]. وهكذا فإن القاضي وهو يعمل سلطته في التكيّيف يقوم بعملية التقدير. فكل تكيّيف يتعلق بالحالة التي صدر بمناسبتها فقط، حتى ولو كان له انعكاسات على حالات أخرى مماثلة، حيث لا يوجد إلا ويكون تكيّيفا خاصا، أي تطبيق قاعدة قانونية على حالة خاصة[2]. إلا أنه في قرارات أخرى تالية لهذا القرار يظهر الاتجاه الذي انتهجته المحكمة العليا في صدد الرقابة على تكيّيف العقد، ويظهر ذلك كما يلي:

حيث نلتمس في القرار[3] الصادر بتاريخ 1983/05/07 مبدأ مفاده أن نشاط القاضي في صدد تكيّيف العقد يعد نشاطا متعلقا بمسألة قانونية أساسية يتوقف عليها مصير النزاع. حيث اعتبرت المحكمة العليا أن مسألة الفصل في النزاع القائم بين (ب ع ك) و(ب ع ق) حول تكيّيف العقد **مسألة قانونية أساسية** يتوقف عليها مصير النزاع، وكان على قضاة المجلس البت فيها وذلك بتحديد طبيعة العقد وتكيّيفه القانوني الصحيح حتى يتمكن قضاة (المجلس الأعلى سابقا) المحكمة العليا من مراقبة

---

[1]- اختلف الفقه بصدد قيام القاضي بنشاط تقديري أثناء التكيّيف ذهب الاتجاه الأول إلى إنكار كل تقدير في ذات عملية التكيّيف باعتبار أن نطاق التقدير يختلف عن نطاق التكيّيف. محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص 136.

أما الاتجاه الثاني ذهب إلى أن القاضي وهو يجري عملية التكيّيف يقوم بسلسلة من عمليات التقدير المعقدة لكي يصل في النهاية إلى إعمال القاعدة القانونية التي يراها ملائمة على وقائع النزاع فالقاضي يقدر حين يكيّف، لكن التقدير هنا يعاصر عملية التكيّيف، لأنه يرمي إلى إعمال القانون، وبينهما ارتباط وظيفي. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 197-198.

أما الاتجاه الثالث فقد أسهب في شرح موقفه حول نشاط القاضي التقديري في التكيّيف القانوني. فنشاط القاضي التقديري هو الكشف عن الواقعة القانونية ويتم ذلك من خلال مرحلتين، مرحلة التكيّيف الأولى ومرحلة التكيّيف النهائي. فيستمر نشاط القاضي التقديري دون انقطاع إلى أن يصل إلى الواقعة الموصوفة. ولزوم استمرارية هذا النشاط يبدو جليا إذا ما تطلب الأمر العودة إلى التكيّيف الأولى إذا اتضح للقاضي أن القاعدة القانونية التي اعتبرها محتملة التطبيق لا تجسد الحالة الواقعية. فيعود القاضي إلى المرحلة الأولى بحثا عن القاعدة القانونية التي تنطبق على الحالة المعروضة ويستمر نشاط القاضي الذهني في التكيّيف حتى في مرحلة التكيّيف النهائي. محمد محمود سعد، نفس المرجع، ص 353-369.

[2]- V. Rigaux Francois, La nature du control de la cour de cassation, thèse, Bruxelles, 1966, n°155.

[3]- المجلة القضائية، سنة 1989، ع01، ملف رقم 28766، قضية (ب ع ك) ضد (ب ع ق)، ص 135.

مدى تطبيق القانون. وبما أن قضاة الموضوع لم يلتزموا بذلك عرضوا قضاءهم للنقض. وأكثر من ذلك، حيث آثار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) الوجه المتعلق بتكيّيف العقد تلقائيا.

على ضوء ما سبق، فإن تحديد اختصاص المحكمة العليا حسب المادة 358 ت إ م إ ترجع في الحالة الخامسة إلى مخالفة القانون وأن المحكمة العليا محكمة قانون كما هو الحال في معظم التشريعات وبذلك تقرر بأغلبية الفقه والقضاء بأنها مسألة قانونية، وبالتالي خضوعها للرقابة.

## الفرع الثاني: تقرير مبدأ الرقابة على التكيّيف القانوني للعقد

باعتبار أن التكيّيف القانوني مسألة قانونية؛ فهذا يستوجب بالضرورة خضوع قضاة الموضوع بصدد ممارسة سلطة التكيّيف القانوني لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون. ولقد تقرر مبدأ رقابة التكيّيف من طرف الفقه (أولا)، والمحكمة العليا (ثانيا).

### أولا: إجماع الفقه على تقرير مبدأ الرقابة على التكيّيف

التكيّيف مسألة قانونية حسب اغلبيه الفقه، وفي مختلف فروع القانون[1]، والرقابة على التكيّيف ضرورة يفرضها القانون والمنطق. باعتبار أن أهم أثر كنتيجة للطعن بالنقض، هو تمكين هذه المحكمة من ممارسة سلطة مراقبة الحكم القضائي[2] النهائي، لا سيما التطبيق الصحيح للقانون[3].

تراقب المحكمة العليا تكيّيف العقد انطلاقا من الوقائع التي تحقق منها قضاة الموضوع بسيادة، ويعود إليها بالفعل التحقق من وصف العقد ما دام أن قضاة الموضوع لجئوا إلى استنتاج قانوني انطلاقا من وضع واقعي[4].

---

[1]– محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 292.

[2]– يقصد بالحكم القضائي في إطار ت إ م إ، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية مهما تكن الجهة القضائية التي عرضت عليها الدعوى وذلك حسب المادة 08 فقرة 05 من نفس القانون. محند أمقران بوبشير، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، مجلة تصدر عن كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع01، 2009، ص07.

[3]– عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، ط03، 2006، ص 60.

[4] – F . Terré, op cit, n° 671, p 539.

فهذه هي وظيفة المحكمة العليا التوحيدية[1]، وبذلك تتأكد رقابة محكمة النقض على تكيّيف العقد كمبدأ بل ويتوجب ذلك وإثارته من تلقاء نفسها[2]، وتقود ممارستها على تحديد المفاهيم القانونية[3]. وبذلك يظهر التكيّيف كمواجهة بين تعريف ما وواقع ملموس، لكن التكيّيف ليس فقط تصنيف لوحده، هو تعريف أيضا. أي تعريف الواقع المعني لإدخالها في فئة موجودة مسبقا[4].

ويخضع قاضي الموضوع بشأن تكيّيف العقد لرقابة المحكمة العليا. فإذا كان لقاضي الموضوع سلطة تامة في إثبات الوقائع على النحو السابق إيضاحه، فإن مما يدخل في اختصاص قضاة القانون بحث ما إذا كان قاضي الموضوع؛ عند ممارسته لسلطاته لم ينكر صفات العقد كما نص عليه القانون وعرّفه بإعطاء العقد وصفه القانوني الصحيح[5]. وبالتالي تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالعقد، سواء كانت هذه الأحكام أمرا يطبق على الرغم من إرادة المتعاقدين، أي القواعد القانونية الآمرة. أو ما يعد تكميلا لإرادتهما في حالة عدم تعرضهم لهذه المسائل سواء عن قصد أو عن غير قصد، ونكون هنا بصدد القواعد القانونية المكملة[6]. إذ أن التكيّف الخاطئ أو السيئ يترتب عليه خطأ في تطبيق القاعدة القانونية الخاصة بهذا العقد[7]. وعن طريق التكيّيف يقوم قاضي القانون بالتأثير على التصنيفات المختلفة، فهو الذي يحدد عناصر بنية اتفاق ما؛ ويفرقه عن باقي العقود القريبة منه. وبطبيعة الحال، الخطأ في التكيّيف هو خطأ في مسألة قانونية[8]، تستوجب رقابة المحكمة العليا.

---

[1]- المادة 152 فقرة 03 من دستور 1996.

[2] – Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie Simon, Droit civil, édition Dalloz, Paris, 8e édition, 2005, p 239. ، سمير السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ت ن، ص 13. حيث للمحكمة العليا إثارة أوجه للطعن من تلقاء نفسها حسب المادة 360ت إ م إ الصادر بموجب القانون رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر،عدد21، 2008.

[3] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, p 151 .

[4] – F. Terré, op cit, n°03, P 2 et 3.

[5]- أحمد محمود سعد، نفس المرجع، ص 442.

[6]- محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص291. وبخصوص القواعد القانونية الآمرة والمكملة، راجع محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، موفم للنشر، رغاية، الجزائر، 2000. وعلي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، ط جديدة، 2010.

[7]- علي فيلالي، النظرية العامة للعقد. نفس المرجع، ص 396.

[8]- محمد محمود إبراهيم، نفس المرجع، ص127.

## ثانيا: تأكيد المحكمة العليا تقرير مبدأ الرقابة على التكيّيف القانوني للعقد

من خلال القرارات القضائية؛ يتضح أن هناك موقف -إن صحة التسمية- سابق وتطور بعد ذلك وتغيّر، أين اعتبر أن نشاط القاضي بصدد التكيّيف يعد نشاطا متعلقا بمسألة قانونية يخضع بشأنه قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.

في بداية الأمر رفض المجلس الأعلى فرض رقابته على قضاة الموضوع في صدد نشاطهم المتعلق بتكيّيف العقد؛ حيث أصدر المجلس الأعلى[1] (المحكمة العليا حاليا) عن الغرفة المدنية القسم الثاني، قرار رقم 25608، بتاريخ 1980/06/09 والذي وصف من الفقه[2] أنه قرار خطير. حيث قضى بأن تكيّيف الاتفاق كعقد إيجار لا مقاولة يدخل ضمن **سلطة قضاة الموضوع التقديرية ولا رقابة عليهم في ذلك من المجلس الأعلى.**

وباعتبار عملية التكيّيف عملية قانونية يتولاها القاضي كسلطة من سلطاته؛ فهي تخضع لرقابة المحكمة العليا ويتم التمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف من أصناف العقود. فالتكيّيف ما هو إلا تطبيق للقانون على الواقع. وبالتالي يعتبر التكيّيف السيئ للعقد أو الخطأ فيه بمثابة التطبيق السيئ أو الخاطئ للقانون[3].

ولقد اعتبرت المحكمة العليا في القرار[4] الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ2002/05/28 أن قضاة المجلس لم يأخذوا بعين الاعتبار الشروط المدرجة في العقد، وكيّفوا العقد المبرم بين بلدية البويرة و(س ر) بإيجار عادي يخضع لمقتضيات التقنين التجاري. فقضاة المحكمة العليا راقبوا تكيّيف قضاة الموضوع، وقرروا مخالفته للقانون وخروج العقد من نطاق تطبيق ت ت، مما يستوجب نقض القرار.

---

[1]- نشرة القضاة، 1982، ع خ، الغرفة المدنية القسم الثاني، قرار رقم 25608 بتاريخ 1980/06/09، ص168- 170.

[2]- محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 293، هامش 505.

[3]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 396.

[4]- المجلة القضائية، سنة 2002، ع01، ملف رقم 275486، قضية ( ب ب ) ضد ( س ر )، ص 229.

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا[1] بتاريخ 2005/10/19 القاضي بأن قضاة الموضوع أخطئوا في تكيّيف الوقائع المعروضة عليهم، عندما اعتبروا التصرف الذي لم ينفذ إلا بعد وفاة المورث عقد هبة صحيح في حين أنه يأخذ حكم الوصية، مما يعرض قضاءهم للنقض والإلغاء. حيث قام مورث الطاعن وهو الوراث الوحيد (أ ع) بإبرام عقد هبة بتاريخ 1994/11/29 و1995/10/07 مشهر ومسجل بالمحافظة العقارية في1999/02/07 لفائدة (دغ)، حيث أن المورث الواهب توفي بتاريخ 1998/09/19 أي أن الشهر وقع بعد ووفاة الواهب. وبالتالي فملكية العقار الموهوب لم تنتقل إلى الموهوب لها عند وفاة الواهب، ولم يتم تنفيذ التصرف إلا بعد وفاة المورث. والملكية في العقار لا تنتقل إلا بعد شهر التصرف حسب المادة 793ت م؛ والمادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وبرقابة المحكمة العليا التي مارستها على قضاة الموضوع، وبنقض القرار الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة القاضي بقبول إعادة السير في الدعوى شكلا وإفراغ القرار الصادر قبل الفصل في الموضوع بتاريخ2000/10/24 والمصادقة على تقرير الخبرة ونتيجة لها المصادقة على الحكم المستأنف الصادر بتاريخ1999/10/23 يتأكد مبدأ الرقابة على تكيّيف العقد من قبل محكمة القانون.

إن عملية المطابقة بين الواقع والقانون هي بالتأكيد التكيّيف القانوني، وعملية إنزال حكم القاعدة القانونية على وقائع النزاع هي بالتأكيد ما يسمى بتطبيق القانون. فأي خلل في عملية التكيّيف القانوني ينتج عنه خطأ في تطبيق القانون. والمرحلة السابقة على الأثر القانوني من الناحية النظرية والعملية على السواء، والخطأ في المقارنة بين الواقع المادي المطروح على القاضي والواقع النموذجي المصاغ في القاعدة القانونية يؤدي حتما إلى انحراف في مسار حكم القاعدة القانونية وأثرها القانوني. لأن القواعد القانونية لا تقبل الحلول أو استبدال بعضها محل البعض الآخر أو بدلا منها[2].

[1]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، ع02، الغرفة المدنية، ملف رقم 307934، قرار بتاريخ 2005/10/19، قضية (أ ع) ضد (د غ)، ص 195.

[2]- إمكانية استبدال قواعد قانونية بقواعد قانونية أخرى، راجع محمد نور عبد الهادي شحاتة، نفس المرجع، وكذلك نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع.

لذلك فرقابة المحكمة العليا على التكيّيف هو في حقيقة الأمر رقابة الخطأ في تطبيق القانون[1]. فالقاضي لم يخطئ في تطبيق القانون، إلا أنه أخطأ من قبل في التكيّيف، هكذا فإن الخطأ في تطبيق القانون هو صورة من صور مخالفة القانون بالمعنى الواسع. هذا ما يؤكد أن الخطأ في التكيّيف يخضع لرقابة المحكمة العليا[2]. نتيجة لخطأ في التكيّيف سوف يقع القاضي حتما في خطأ مقابل ومعاصر لخطئه الأول وذلك بإنزال حكم القانون على واقع لا يستجيب لفرض القاعدة القانونية. ومن هنا يكون القاضي قد أخطأ في تطبيق القانون[3]، ورقابة المحكمة العليا ضرورية لتأكيد وحدة القانون[4].

## الفرع الثالث: حدود رقابة التكيّيف

إن حدود الرقابة التي تمارسها المحكمة العليا، لا نستطيع الفصل فيها إلا بعد البحث في مشكلة أثارت جدلا طويلا، ألا وهي مشكلة التميّيز بين الواقع والقانون[5]. لذلك نتساءل حول الحد الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في رقابتها لنشاط القاضي بصدد تكيّيف العقد؟

فإذا تبين من عناصر القضية أنها مسألة واقع فإن المحكمة العليا تستبعد غالبا رقابتها ولا تبحث فيها؛ أما إذا تبين أن الأمر يتعلق بمسائل قانونية، فإنه من المقبول والمفروض فرض رقابتها عليها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يصادفنا المبدأ القائم على عدم جواز الحكم بخلاف طلبات الخصوم وضرورة تقيد القاضي بها. فهل تقيّد القاضي بطلبات الخصوم يقيّده في تكيّيف العقد؟

### أولا: التميّيز بين مسائل الواقع ومسائل القانون

تعتبر المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المحاكم والمجالس القضائية، وتضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد حسب ما تؤكده المادة 153 فقرة 03 من دستور 1996. حيث تلتزم المحكمة العليا بفحص ومراجعة الأحكام القضائية المرفوعة إليها من الجانب القانوني تبعا

---

[1]- عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، نفس المرجع، ص 264.

[2]- نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 212.

[3]- أحمد محمود سعد، نفس المرجع، ص 454. ونبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص 211.

[4]- محمد نور عبد الهادي شحاتة، نفس المرجع، ص 58.

[5]- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 160- 159.

للأوجه والحالات المذكورة على سبيل الحصر في المادة 358ت م التي وسعت أوجه الطعن بالنقض ومخالفة القانون الداخلي أحد هذه الأوجه، حيث جاء في الترتيب الخامس. وهكذا أي طعن يعتمد على المسائل الموضوعية أو على وجه خارج هذا الإطار يكون مآله الرفض وعدم القبول[1].

وفي هذا الإطار تعد رسالة الفقيه مارتي (Marty)[2] حول التمييّز بين الواقع والقانون حجة، حيث أكد أن لمحكمة النقض مراقبة التكييّف القانوني للوقائع. والسبب في ذلك يرجع إلى إمكانية التطابق بين بعض المراكز الواقعية بفكرة القانونية، فإن كل تكيّيف يؤدي بطريقة غير مباشر إلى تعريف هذه الفكرة، غير أنه في اللحظة التي يعمل القانون ويسمي الفكرة، يكون على المحكمة العليا أن تقوم بإدراج الوقائع التي لم يقم بإدراجها قضاة الموضوع تحت هذا التعبير. كما يجب أن تعمل جاهدة على الإبقاء على نفس التفسير في جميع الأحوال، وعلى نفس التعريف واضحا أو غامضا للأفكار القانونية. ولأجل ذلك فإنه يجب عليها البحث فيما إذا كان التعريف الخاص بالفكرة القانونية المترتبة على تكيّيف وقائع الدعوى مقبولا، أما إذا كان متعارضا مع الفكرة المعول عليه فإن هذه الرقابة ضرورية لضمان تأكيد وحدة القانون. ويؤكد "مارتي" أن محكمة النقض تعرف هي نفسها صياغة المعيار الذي تعتقد أنه هو الصحيح، وهي تعرف تقدير المبدأ بأنه إذا كان تحقيق الوقائع الخاصة لكل حالة عن طريق تقدير الأدلة المقدمة تعد مسألة واقع، فإن حلها من اختصاص قضاة الموضوع. وإن التكيّيف القانوني للوقائع مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا[3].

فنشاط قاضي الموضوع بصدد فهمه لواقع النزاع يكون دون قيد، حيث يتمتع بنشاط مستقل يبرز فيه إرادته بهدف تحقيق الغاية الموضوعية للقانون. فتثبت الوقائع المنتجة والحاسمة في الدعوى،

---

[1]- عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 60.

[2]- Marty (G), La distinction du fait et du droit ( Essai sur le pouvoir de control de la cour de cassation sur les juges du fait ), paris, 1929, n° 131, P 257 .

[3]- محمد نور عبد الهادي شحاتة، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 57-58.

بعد ذلك يقوم القاضي بتكيّيف هذه الوقائع التي توصل إلى ثبوتها[1]. وإن الانحراف في التكيّيف أو في النتائج القانونية يستوجب تصحيح المحكمة العليا له باعتبارها محكمة قانون.

قبل قيام النزاع نكون إزاء واقع بحث؛ للخصوم سلطان كامل عليه، وعند إجراء التكيّيف القانوني، فإن الواقع يظل واقع عادي مجرد من كل وصف قانوني طوال مرحلة المقارنة بينه وبين مفترض القاعدة القانونية. وبعد إرساء التكيّيف القانوني الواجب إعماله على مجموع الوقائع، فإننا نكون إزاء أمرين منفصلين. وبناءا على ذلك فإن المحكمة العليا إذ تراقب التكيّيف القانوني، فإنها لا تراقب أساسه الواقعي، وجهة الإحالة إذا افترضنا ونقض القرار تعيد إعطاء ذات المجموع الواقعي الذي لم يحدث فيه أي تغيّير تكيّيفا قانونيا جديدا، هذا يدل على عدم انصهار الواقع البحث في التكيّيف القانوني[2]. وبالتالي فإن تكيّيف العقد أو إعادة تكيّيفه يخضع لهذه القاعدة في صلاحية الفصل بين الواقع والقانون، وعموما تكون الأدلة التي تقترح وصفا جديدا تعلن ممزوجة بالواقع والقانون، هكذا تكون غير مقبولة [3]. مثلا في حال لا يمكن إعادة النظر في عقد الشركة، ما دام لم يتمسك أمام قضاة الموضوع بأن نية الاشتراك غير موجودة. في بعض الأحيان المحكمة العليا تعقب على التكيّيف الخاطئ، لكن لا تستطيع استبداله بوصف جديد، بسبب التميّيز بين الواقع والقانون. وهكذا فإن المحكمة العليا في مجال رقابتها، إذ تراقب التكيّيف فإنها تفترض أن أساسه الواقعي صحيح، فهي تفصل بين التكيّيف ذاته وما يؤسس عليه هذا التكيّيف، أي مجموع الوقائع البحتة، وهي تراقب الأول ولا رقابة لها على الثاني[4].

إن كانت المادة 374 ت إ م إ [5] تسمح للمحكمة العليا بالبت في موضوع النزاع أثناء النظر في الطعن بالنقض، في حالة عدم امتثال جهة الإحالة لقرارها الفاصل في مسألة قانونية، ويجب عليها الفصل من حيث الوقائع والقانون في حالة النظر في الطعن الثالث، ويكون قرارها قابل للتنفيذ.

---

[1]- أحمد محمود سعد ، نفس المرجع، ص 439-440. حيث قسم نشاط القاضي الذهني إلى ثلاثة مراحل، فهم واقع النزاع من خلال تقديره لمجموع الدلائل المقدمة، وينتهي هنا إلى ثبوت الوقائع المنتجة والحاسمة، ثم مرحلة تكيّيف هذه الوقائع، ثم مرحلة استخلاص النتائج القانونية.

[2]- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 169 و170.

[3]- J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 129, p 152.

[4]- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 169.

[5]- المادة 374 ت إ م إ.

## ثانيا: تقيّد القاضي بمضمون طلبات ودفوع الخصوم

من المبادئ التي يقوم عليها التشريع؛ أن لأصحاب الدعوى دون سواهم الحق في تسيّير دعواهم، من خلال تقديم الوقائع إلى المحكمة من أجل الفصل فيها. ويتمتع القاضي بدور حيادي لضمان العدل والإنصاف، لأنه لا يمكن أن يكون حكما وخصما في نفس الوقت[1]. إلا أن القوانين الحديثة تتجه نحو العدول عن النظرة التقليدية للقاضي المدني، من خلال التقليل من حدة مبدأ حياد القاضي[2]، حيث تمنح للقاضي المدني دورا إيجابيا والمادة 29 ت إ م إ تدعم ذلك من أجل ضمان احترام قواعد القانون من قبل الجميع[3]. فإذا كان القاضي لا يخضع في تكيّيف العقد لإرادة المتعاقدين، وإنما يأخذ التكيّيف الصحيح من القانون، إلا أنه ملزم بعدم الخروج عن مضمون طلبات الخصوم في حدود الوقائع الثابتة في الدعوى لأن العبرة بالمقصود من الطلبات وليس بالألفاظ التي صيغت فيها[4].

فلا يمكن للقاضي أن يفصل في غير طلبات ودفوع الخصوم، سواء بخلافها أو بما لم يطلب (1) أو بأكثر منها (2)، حيث يعتبر الحكم بذلك وجه من أوجه الطعن بالنقض لدى المحكمة العليا[5]. كما لا يجوز للقاضي إغفال أي طلب أو دفع من طلبات ودفوع الخصوم (3).

### 1. عدم الحكم بخلاف طلبات الخصوم:

يقوم الخصوم بالإدلاء بالوقائع المتعلقة بالنزاع، فيجب على القاضي أن يتقيّد بما عرض عليه دون الأخذ بعين الاعتبار ما يعلمه عن القضية بمناسبة دعوى أخرى[6]. فلا يضيف وقائع جديدة من تلقاء نفسه أو بناء حكمه على واقعة لا وجود لها في مجموع أوراق الدعوى، وإلا كان بصدد الحكم بما

---

[1]- محمد أمين مزيان، قراءة نقدية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، سنة 2010، ع 09، ص12.

[2]- عبد السلام ذيب، نفس المرجع، ص 25.

[3]- عبد الرحمان بربارة، نفس المرجع، ص67 و71. يظهر الدور الإيجابي للقاضي في المواد 24،27،28 و29 ت إ م إ.

[4]- أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، نفس المرجع، ص 62.

[5]- المادة 233 ت إ م عددت حالات الطعن بالنقض لدى المحكمة العليا. راجع سهام بشير، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005. وجاء في الترتيب السادس عشر ضمن المادة 358 ت إ م إ.

[6]- عبد السلام ذيب، نفس المرجع، ص 100.

لم يطلبه أو بخلاف ما طلبه الخصوم[1]. حيث أكدت المحكمة العليا في قرارها[2] الصادر في2006/12/16 أن القاضي ملزم بمناقشة الخطأ الوارد في قرار التسريح ولا يجوز له تغيّيره.

فلا يمكن للمحكمة أن تقضي بخلاف ما طلبه الخصوم أو بشيء لم يطلبوه، ويبرر هذا المنع على أن المحكمة ليس لها الوصاية القضائية على حقوق الأفراد، بقدر ما هي مكلفة بالحكم على ما يعرض أمامها من إدعاءات وهل لها أساس قانوني[3]. إلا أن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار المناقشات والوقائع التي أثارها الخصوم ولكن لم يتمسكوا بها ولم يؤسسوا عليها إدعاءاتهم[4]. كما للقاضي أن يطلب من الخصوم توضيحات بشأن الوقائع التي أدلوا بها، ليتمكن من الفصل في النزاع. وللخصوم الحرية في الاستجابة من دونها، فإذا استجابوا يكونوا هم من تقدموا بالوقائع الجديدة[5].

### 2. عدم الحكم بأكثر من طلبات الخصوم:

يدخل ضمن تقيّد القاضي بطلبات الخصوم عدم الحكم بأكثر ما طلبه، حيث أكدته المحكمة العليا. مثلا: القرار[6] الصادر في1983/03/16 عن المجلس الأعلى(المحكمة العليا حاليا) القاضي إبطال القرار الصادر في1981/12/14 عن مجلس قضاء بسكرة مع الإحالة. حيث تحديد المسؤولية كان بناءا على المادة 52ت ت التي تخول للناقل تحديد مسؤوليته عن الضياع أو التلف. إلا أن المجلس قضى على الطاعنة بأداء مبلغ يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه، ما عرض قراره للنقض.

---

[1]- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية؛ الاختصاص الدعاوى الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص 214.

[2]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، ع 02، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 354461، قرار بتاريخ 2006/12/06، قضية (مؤسسة الجزائرية للمياه) ضد (غ ص)، ص 293.

[3]- آدم وهيب النداوي، نفس المرجع، ص 127.

[4]- المادة 26 من ت إ م إ.

[5]- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية؛ الاختصاص...، نفس المرجع، ص214.

[6]- المجلة القضائية، 1989، ع02، ملف رقم 30914، قرار1983/03/16،الشركة الوطنية للنقل الحديدي ضد(ع ع)،ص39.

### 3. عدم إغفال طلب من طلبات الخصوم:

يوجب حسن سير القضاء وعدالته التزام والدقة عند النظر في وقائع القضية[1]. وعند رفع الطلب القضائي يصبح القاضي ملزم بالفصل فيها وعدم إغفالها[2]، وعدم الفصل في الطلبات الأصلية يعد وجها من أوجه الطعن الواردة في المادة 358ت إم إ. وبانطلاق الخصومة تترتب علاقة بين القاضي والخصوم تتمثل في تدخله في النزاع وضرورة الفصل فيه تحت طائلة ارتكابه لجريمة إنكار العدالة[3]، وهذه العلاقة لا تمنح للخصوم حقوقا شخصية على القاضي فحسب بل حقوقا وظيفية نابعة من القانون[4]. وبناء على طلب أحد الخصوم يجوز الرجوع إلى المحكمة التي أصدرت للحكم ولو حاز على حجية الشيء المقضي به (286ت إم إ) للفصل فيما أغفلته، ويشترط أن يكون الإغفال واقعا في طلب موضوعي لا مسألة فرعية لأن إغفالها يعد رفضا لها[5]. وأن يكون الإغفال كليا حيث يجعل الطلب معلقا لم يقض فيه ضمنيا[6]. فيتعين على القاضي أن يلتزم بحدود الطلب المقدم، فلا يقضي فيما لم يطلبextra petita؛ ولا بأكثر مما طلبultra petita، وإلا عرض حكمه للنقض[7].

لقد وضعت المحكمة العليا مجموعة من الضوابط –إن قل عدد القرارات القضائية– تبين أصول التكيّيف فأرست مبادئ جديرة أن تصاغ في قواعد قانونية، وإن تم تقنين بعضها في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية. إلا أن بعض الملاحظات لا تزال قائمة وظهرت أخرى، كالتي تتعلق بالمادة 374ت إ م إ التي تسمح للمحكمة العليا بالبت في الموضوع، بينما محامي الدفاع يتقيد بالأوجه الواردة على سبيل الحصر في المادة358ت إم إ دون الاعتماد على وقائع وموضوع الدعوى[8].

---

[1]– عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج02، التقاضي؛ الأحكام وطرق الطعن (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 02، 2006، ص 728.

[2]– نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، نفس المرجع، ص 274.

[3]– حسب المادة 136 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/ 01 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير2009.

[4]– عبد السلام ذيب، نفس المرجع، ص 87.

[5]– عمارة بلغيث، نفس المرجع، ص 127.

[6]– أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، ط 04، 1989، ص 526.

[7]– أحمد أبو الوفا، نفس المرجع، ص 177.

[8]– محمد أمين مزيان، نفس المرجع، ص 14.

## خلاصة الفصل الأول

تكيّيف العقد عملية ضرورية وأساسية يقوم بها القاضي من أجل التوصل إلى حل سليم وقانوني أمام المصالح المتعارضة. والهدف من التكيّيف مهما كان الشخص القائم به هو الوصول إلى القاعدة القانونية المناسبة التطبيق على التصرف محل النزاع، وبالتالي التوجه نحو التوصل إلى حل قانوني في ظل سيادة القانون. والهدف هو نفسه انطلاقا من القانون والقاضي وصولا إلى كل من له علاقة بالقانون وإن برزت صفة التخصص فيهم وأبرزهم الباحثون الذين لا يدخرون جهدا في سبيل تذليل الصعوبات وتميّيز المتشابهات واختصار المسافات التي يمكن أن تكون بين الحق وصاحبه. لكن عدة دواعي كالجهل بالقانون أو التحايل عليه والسعي إلى ضمان وحدة القانون وعدم تناقض الأحكام القضائية تبرر عدم الأخذ إلا بالتكيّيف القانوني الذي يجريه القاضي، فهو المكلف بالتكيّيف بإجماع الفقه واجتهاد القضاء وتقرير القانون.

إن القاضي أثناء سعيه لحل النزاع يستعين بمجموعة من الآليات المتاحة لذلك؛ كالتفسير والتقدير وتحديد المضمون وغيره، الشيء الذي يجعل الأمور تتشابك بين هذه المسائل بسبب الترابط والتسلسل الذي يفرض نفسه بين مختلف المراحل التي يتطلبها الوصول إلى الحل القانوني السليم. مما تعين البحث فيها وتم الوصول إلى أن عملية التكيّيف مؤسسة قانونية قائمة بذاتها لها مقومات الخاصة بها، بغض النظر عن ما تتشابه به مع غيرها. والقاضي ملزم بالتكيّيف وينفرد به دون غيره في إطار حل النزاع، فلا يتقيد بتكيّيف المتعاقدين الذي قد يكون صحيح وقد يكون غير صحيح جهلا أو عمدا وتحايلا على القانون. كما يكون على القاضي التقيد بالطلبات والدفوع التي يثيرها كل خصم. فتكيّيف العقد مسألة قانونية، يخضع قاضي الموضوع بصددها لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون.

حتى يتمكن القاضي من القيام بمهمته، يجب عليه الاستناد على مجموعة من العناصر، فكيف يتوصل القاضي إلى التكيّيف القانوني الصحيح للعقد؟

# الفصل الثاني:

# المعايير التطبيقية لتكيّيف العقد

## تمهيد:

كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما يعتبر عقد قانونا[1]. و احتمال ظهور أنواع جديدة وعديدة من العقود كبير، وبالتالي يتزايد العمل المنصب على تحديد الطبيعة القانونية لمختلف العلاقات. و محاولة إدخال أحد العقود في إطار معين، أمرًا ليس سهلاً دائمًا، ذلك أن معظم هذه العقود يغلب عليها الطابع الذهني والفردي، و أطرافها يدخلون الكثير من التعديلات و التغيّيرات التي قد تغيّر من طبيعة العقود موجودة من قبل. خصوصا أنه لا يشترط أن يكون العقد مسمى حتى يكون صحيح و مرتبا لآثاره القانونية، لأن حتى و إن كان العقد غير مسمى يمكن أن يكون صحيح ما دام لا يخالف النظام العام و الآداب.

و التساؤل الذي يثار في هذا المقام يتمثل في: ما هي العناصر التي يمكن الاستناد إليها من أجل تكيّيف أي عقد مهما كان نوعه ؟ و ما دور كل منها؟ و كيف يكون ذلك؟ وإن كانت هذه العناصر عديدة، هل هناك عنصر متميّز على باقي العناصر، و ما هو مصدر و أساس هذا التميُّز؟ وهل نمط التكيّيف الذي يجرى على العقد هو نفسه في جميع العقود؟ أم أنه يختلف باختلاف العلاقة التي تربط مختلف عناصر العقد و تركيبته؟

من أجل معالجة مختلف هذه التساؤلات والوصول –على الأقل– إلى ما يمكن أن ينير طريق التكيّيف الصحيح، يتم البحث في عناصر العقد (المبحث الأول)، و تركيبة العقد كمعيار للتكيّيف (المبحث الثاني).

---

[1]– المادة 54 ت م التي وجهت لها انتقادات كثيرة و جادة لهذه المادة باعتبار أن مسألة التعريف تبقى من عمل الفقه و ليس المشرع حيث التشريعات الحديثة تتجنب مسألة التعاريف ضف إلى ذلك أن هذه المادة مأخوذة من التقنين المدني الفرنسي و بالضبط من المادة 1101 منه و التي لا تتماشى مع مستجدات الوقت الحاضر. أما الفقه فقد عرّف العقد على أنه "توافق الإرادتين أو أكثر على إحداث أثار القانوني" وأن مجال العقد لا ينحصر فقط في إنشاء الالتزامات وإنما يمتد إلى نقلها أو تعديلها و إنهاءها. محمد صبري السعدي، العقد و الإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 41–42. علي فيلالي، نفس المرجع، ص 43.

## المبحث الأول: عناصر العقد كمعيار للتكيّيف

إن الوصول إلى التكيّيف القانوني الصحيح لا يكون إلا بالاستناد على مجموعة من العناصر المرتبطة بالعقد بصورة وثيقة، حيث تسمح لنا بتحديد نوع العقد وصنفه. و تتمثل هذه العناصر بالضرورة في الالتزامات ( المطلب الأول ) التي يقوم عليها العقد، كونه أهم مصدر من مصادر الالتزامات الذي استقطب إليه الأنظار، وكان و لايزال محل دراسات جديدة جدية ومعمقة بالنظر إلى أهميته البالغة من حيث الآثار القانونية و النتائج العملية التي يؤدي إليها سواء في حالة موافقته للقانون أو مخالفته له. و لصفة الأطراف المتعاقدة ( المطلب الثاني ) نصيب في عملية تكيّيف العقد، باعتبار أن الأشخاص المتعاقدة ليس لها نفس الصفة؛ خصوصا مع التقسيم المفروض لمختلف فروع النشاط و تزايد موجة التخصص في مختلف المجالات التي تفرضها الحياة العصرية، حيث يتم التركيز على هذين العنصرين.

## المطلب الأول: الالتزامات العقدية

يُنشئ العقد عادة التزامات عدة، لكل منها أهمية معينة[1]، إلا أن في نظر المتعاقدين يمكن أن تبدوا في موضوعها متكافئة وبنفس الدرجة من الأهمية. غير انه من غير الممكن أخذ جميع الالتزامات و جعلها على قدم المساواة، خصوصا في بعض الحالات أين يبدو الجمع بين تلك

[1]– لا يجب الخلط بين الالتزامات الأصلية والجوهرية في عملية تكيّيف العقد وبين المسائل الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد حيث نوضح أنه حتى ينعقد العقد يجب أن يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد. والمسائل الجوهرية يمكن تصنيفها إلى مجموعتين الأولى يتم استخلاصها من التنظيم التشريعي للعقد و هذه تكون واحدة بالنسبة للعقد الواحد في جميع الأحوال وبدون توافرها لا ينعقد العقد أما الثانية فيتم استخلاصها من الظروف التي تحيط بتكوين العقد وهي تختلف من حالة إلى أخرى بالنسبة للعقد الواحد بحسب ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين. و هي تعتبر بحسب التنظيم التشريعي للعقد عناصر ثانوية ولكنها تحولت إلى عناصر أساسية وجوهرية نظرا لما اكتسبته من أهمية ذاتية في نظر المتعاقدين، هذا إذا كان العقد من العقود المسماة أما إذا كان من العقود غير المسماة فإن تحديد العناصر الجوهرية للعقد يثير بعض الصعوبات، حيث يقوم القاضي بتحديد الغرض من التعاقد وعلى ضوء فهم هذا الغرض يمكنه تحديد العناصر الجوهرية للعقد التي يتعين الاتفاق بشأنها كي ينعقد العقد. للمزيد حول هذا الموضوع. راجع ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، 2000، ص12– 15.
بعد انعقاد العقد فإنه يكتسب القوة الإلزامية بالتالي يرتب آثاره القانونية ومن هنا وأثناء التنفيذ قد يثور النزاع حوله وتبدأ عملية التكيّيف بالاستناد إلى الالتزامات التي نسميها جوهرية بالنسبة لعملية تكيّيف العقد. فمثلا الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع مهما كان نوعه هو التزام يبرز بصفة آلية باعتبار أن العقد عقد بيع فهو التزام جوهري يقع على عاتق البائع في عقد البيع لكن ليس التزام جوهري لتكيّيف العقد بأنه عقد بيع، لأنه التزام يترتب عن العقد وليس شرط لانعقاده.

الالتزامات لا يؤدي إلى نتيجة دقيقة و مقبولة، بل إلى إهدار مختلف التقسيمات و التصنيفات القائمة على أساس التميّيز بين ما يرتبه العقد، وبالتالي نصل إلى إفراغ التكيّيف من موضوعه[1]. لذلك سوف يتم البحث في الالتزامات الضرورية لعملية التكيّيف من خلال كل الالتزامات التي يتضمنها العقد. وبالتالي فإن العناصر التي يعتمد عليها القاضي في عملية تكيّيف العقد المعروض عليه يمكن تقسيمها إلى نوعين، الالتزامات الأصلية كعنصر أساسي لتكيّيف العقد ( الفرع الأول )، و الالتزامات التبعية كعنصر ثانوي للتكيّيف ( الفرع الثاني ).

## الفرع الأول: الالتزامات الأصلية عنصر أساسي في تكييّف العقد

إن أهم ما يكمن الاستناد إليه في عملية تكيّيف العقد هي العناصر المرتبطة بالعقد بصفة وثيقة، وتسمح لنا بتحديد نوع العقد وصنفه، تتمثل بالضرورة في الالتزامات التي يقوم عليها العقد. وترتكز أساسا في الالتزامات الأصلية، حيث لا يكفي التأكيد على وجود التزامات أصلية في العقد بل يجب أن تكون محددة بدقة. لذلك نتطرق لكيفية تحديد الالتزامات الأصلية ( أولا )، وتأثير تخلف الالتزامات العقدية على مسار التكيّيف ( ثانيا ).

### أولا: كيفية تحديد العناصر الأساسية

تعتبر الالتزامات العقدية من العناصر الأساسية في عملية التكيّيف و هي الالتزامات المميّزة لكل عقد، و يتولى كل من القانون[2]؛ و الاجتهاد القضائي تحديدها، و بالتالي تحديد ما هي من الالتزامات الأصلية و ما هو من دون ذلك. و لا يكفي التأكيد على أن كل عقد مهما كان صنفه يحوي على التزامات أصلية، بل ينبغي أن تكون هذه الالتزامات محددة بدقة؛ و إلا كان التكيّيف مستحيلا[3]. و يتم تحديد الالتزامات الأصلية في مختلف العقود أساسا من قبل التشريع بتنوع مجالاته (1)، أو استثناءا و تماشيا مع مختلف التطورات التي قد تطرأ على

---

[1] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 70, p 81.

[2]– المادة 107 فقرة 02 من ت م : "... و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام ...". حيث يتحدد مضمون العقد بتحديد الالتزامات الناشئة عنه.

[3] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 72, p 82.

العلاقات التعاقدية تلبية لمتطلبات الأشخاص، يتدخل القضاء بالتصدي لمختلف المستجدات كونه الأقرب إلى الواقع من خلال الاحتكاك الأولي بالنزاعات المثارة (2).

## 1. التحديد التشريعي للالتزامات الأصلية:

في مرحلة أولى يتولى المشرع تحديد الالتزامات الأصلية في العقود المسماة، التي تعتبر جوهرية؛ لولاها لا ينعقد العقد المسمى. فتتميّز هذه العقود بالتزامات تنشأ عنها بحسب نوعها[1].

مثلا: حسب المادة 351 من ت م التي تعرف عقد البيع بالنظر إلى الالتزامات الناشئة عنه، حيث تنص على أن:"البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". حيث نجد في عقد البيع الذي هو عقد مسمى التزامين أصليين، أحدهما يقع على عاتق البائع[2] يتمثل في الالتزام بتسليم المبيع، و الآخر يقع على عاتق المشتري[3]، و يتمثل في الالتزام بدفع الثمن[4].

---

[1]– سواء كان العقد ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين وإن كان العقد الملزم لجانب واحد ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابلة، فيكون هناك تقابل وارتباط بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الآخر. أما العقد الملزم لجانب واحد فهو ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، فيكون أحد طرفيه دائنا وليس مدينا ويكون الطرف الآخر مدينا وليس دائنا مثل الهبة يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه ولا يلتزم الموهوب بشيء. وكذلك كما في الوديعة بغير أجر يلتزم فيها المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع ولا يلتزم المودع بشيء. راجع، عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، رقم 47–48، ص 69.

[2]– المادة 364 من ت م.

[3]– المادة 387 من ت م.

[4]– عرّف المشرع الفرنسي عقد البيع في المادة 1582 من التقنين المدني الفرنسي والتي تنص على:

« La vente est une convention par la quelle l'une s'oblige a livrer , et l'autre a la payer »

حيث وجه إلى هذا التعريف نقد باعتباره اقتصر على تحديد محل البيع على الأموال – المنقول والعقار– في حين لم يذكر الحقوق المترتبة على هذه الأموال شواء كانت مادية كالملكية كحق الانتفاع أو كانت حقوق معنوية كبيع براءة الاختراع، ولم شر إلى التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ولا إلى الثمن الذي يجب أن يكون نقدي. أكثر تفاصيل راجع،

PH. Malaurie et Aynés, les contrats spéciaux, cujas, Paris, 1986, p 43.

أما المشرع المصري فقد كان أكثر دقة من نظيره الفرنسي إذ جاءت المادة 418 من التقنين المدني المصري تنص على أن عقد البيع هو: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" راجع في هذا الخصوص، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، مطابع دار للجامعات المصرية، القاهرة، 1960، ص 20. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة 05، مطبعة السلام، القاهرة، 1990، ص 17– 18.

و للوصول للتكيّيف الصحيح، يجب التأكد من وجود هذه الالتزامات الأصلية والرئيسية التي لها الدور الجوهري والأساسي في عملية تكيّيف العقد. ففي عقد البيع مثلا يكفي التأكد من وجود التزام بدفع الثمن نقديا؛ والتزام بنقل ملكية الشيء المبيع حتى يكيّف العقد بأنه عقد بيع، وهكذا فهو عقد ملزم للجانبين؛ البائع والمشتري معا. و بالعكس عدم وجود الثمن (نقدي) الذي هو التزام أصلي على المشتري، يستبعد وصف البيع. فإذا التزم المشتري بأداء شيء ما فنكون أمام عقد مقايضة حسب المادة 413 من ت المدني، أما إذا التزم بأداء خدمة معينة فنكون أمام عقد غير مسمى.

و يتأثر وصف العقد على أنه بيع بتغير في أحد من الالتزامين، سواء في الالتزام الواقع على عاتق المشتري، أو في الالتزام الواقع على عاتق البائع. ويدور الوصف بين المقايضة والهبة و المقاولة و الإيجار و غيرها من العقود. و نفس الشيء بالنسبة للإيجار؛ فلا يكون هناك عقد إيجار إذا كان بدل الإيجار غير جدي. فالأجرة التافهة تستوي في الحكم مع انعدام الأجرة. حيث يعمل القضاء الفرنسي في هذا الصدد على تطبيق انعدام السبب كركن في العقد للحكم ببطلانه[1]. فإذا انعدمت الأجرة نكون أمام عقد عارية. فالإيجار و العارية يشتركان في قصد التمكين من الانتفاع و يختلفان من حيث أنه في الإيجار؛ المستأجر يدفع مقابل يسمى ببدل الإيجار[2] من يوم التوقيع وليس من يوم الانتفاع[3]، أما المستعير لا يدفع مقابلا لانتفاعه[4]. و إذا كانت الأجرة صورية فإننا نكون أمام عارية مستورة في صورة إيجار[5]. و قد يحدث أن يوصف العقد بأنه إيجار رغم أن الأجرة تكون تافهة لا تتناسب إطلاقا مع قيمة المنفعة كالعقود

---

[1] – J. Ghestin, Traité de droit civil, formation du contrat, LGDJ, Paris, 1996, p 847.

[2]– بدل الإيجار يجب أن يكون أجرة حقيقية لا تافهة و لا صورية، لأن في هاتين الحالتين نكون بمثابة انعدام الأجرة.

[3]– هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2007/07/04، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، عدد 02، ملف رقم 403023، قضية (م ز) ضد (ر ع)، ص 323.

[4]– تنص المادة 538 من التقنين المدني: " العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم للمستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال".

[5]– محمود عبد الرحمان، الوسيط في شرح أحكام الإيجار، الجزء 01، 1998. ففي الصورية نجد عقد ظاهر و هو العقد الصوري والعقد الحقيقي و هو العقد الخفي ومجال كلا العقدين تحكمه المادتين 198 و199 من التقنين المدني.

التي تبرمها الدولة لمنح إحدى المؤسسات منفعة أرض. حيث توصف هذه العقود بأنها عقود إيجار، وفي الحقيقة تعتبر عقود عارية رغم وصفها بعقود إيجار[1].

قد تكون بعض الالتزامات من حيث المبدأ تنشأ عن عقود معينة من نفس النوع بقوة القانون، بصرف النظر عن تنوع موضوعاتها، إلا أنه بسبب موضعها أو الشكل الذي تتم به، تستبعد هذه الالتزامات، كما هو الحال بالنسبة لإعمال ضمان العيب الخفي الوارد في المواد 379 إلى 386 من التقنين المدني كمبدأ في عقود البيع ، بصرف النظر إن كان البيع جزافي أو بالوفاء أو بالعدد، أو كان البيع مدني أو تجاري إلا أنه يجب أن يوصف التصرف القانوني –أولا– أنه بيع حتى ينشأ عنه التزام الضمان. إلا أن هناك بعض الحالات استثنيت صراحة من هذا الضمان حسب المادة 385 من التقنين المدني كالبيوع العقارية و الإدارية، و البيع الذي يكون باطل بسبب موضوعه. و حالات أخرى ثار خلاف بشأن إمكانية تطبيق هذا الضمان عليها كبيع المثليات و بيع الأشياء المستعملة[2].

كذلك الالتزام بضمان سلامة المسافرين؛ التزام قانوني حدده المشرع في المادتين 62 و63 من ت التجاري، حيث يلتزم ناقل الأشخاص بضمان سلامة المسافر. و إن كان السائد فقها و قضاء و قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا ليس مطلقا في عقد نقل الأشخاص أين يتحمل الناقل المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام ضمان سلامة الراكب[3].

إن كان احتمال سهو المشرع ذكر بعض الالتزامات أو عدم تحديدها بالدقة المطلوبة وارد، وخصوصا التي تعتبر جوهرية أو لصيقة بعقد ما، أو لأن العقد جديد في ساحة

---

[1]– قد يلتزم صاحب العمل بتوفير السكن للعمال أثناء قيام علاقة العمل فإذا كان توفير السكن بدون مقابل ولكن فقط قصد توفير الراحة للعمال وتقريبهم من مكان العمل من أجل تحسين الإنتاج، فلا نكون في هذه الحالة أمام عقد إيجار أما إذا كان صاحب العمل يتقاضى أجرة من العمال لقاء انتفاعهم بالسكنات. فالعقد يعتبر إيجار للسكن حتى لو كانت هذه الأجرة تقتطع من الأجر أو المرتب.

[2]– أسعد دياب، ضمان العيوب المبيع الخفية؛ دراسة مقارنة، دار اقرأ للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، لبنان، طبعة 03، 1983، ص 43– 44 و48.

[3]– هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1983/03/30 حيث اعتبرت الشركة الوطنية للسكك الحديدية مسؤولة عن سلامة المسافرين إلى حيين خروجهم من محطة القطار وهذا الالتزام قانوني وارد في المواد 62 و63 ت ت. المجلة القضائية، 1989، ع01، ملف رقم 27429، قضية (ش ز) ضد مدير الشركة الوطنية للسكك الحديدية، ص42.

المعاملات. حيث يؤدي كل ذلك إلى خلط في التكيّيفات المعتمدة، لذلك يسعى القضاء إلى الاجتهاد لتحديد و توضيح ما يعتبر غامضا و جديدا، و العديد من الالتزامات التي فرضها وحددها المشرع مصدرها القضاء.

## 2. مساهمة القضاء في تحديد الالتزامات:

إضافة إلى الدور الذي يلعبه المشرع في تحديد الالتزامات خصوصا في الحالات التي يكون تحديدها ناقصا، قد يساهم القضاء في تحديد الالتزامات العقدية للعقد المعروض عليه، ويكون ذلك بشكل أساسي ولافت في حالة العقود غير المسماة، و إن كانت عدم الدقة في تحديد الالتزامات وارد حتى في العقود المسماة التي حظيت باهتمام المشرع. حيث يتولى الاجتهاد القضائي تحديد ما هو من الالتزامات الرئيسة و الأساسية للعقد عند الحاجة، أو للعقد الذي أصبح له اسما بحكم الممارسة إن كان من العقود غير المسماة.

ففي إطار بيع محل تجاري اعتبر المجلس الأعلى[1] ( المحكمة العليا حاليا ) في قرار له صادر بتاريخ 1986/10/25 أن تسليم الشيء المبيع لا يعتبر شرطا من شروط تمام العقد بل هو التزام ينشأ عنه استنادا إلى المادة 361 من التقنين المدني[2]، التي تلزم البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق المباع إلى المشتري، و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا. و أن ما قام به البائع من إجراءات التقاضي لإخلاء المحل المبيع من محتليه تمهيدا لتسليمه خاليا من أي حق مرتب عليه، يدخل في إطار القيام بما هو لازم وضروري لنقل الحق المبيع إلى المشترين.

و أن قضاة مجلس قضاء سكيكدة لما اعتبروا عقد البيع العرفي غير تام لعدم تسليم المبيع وقضوا بفسخ العقد و إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الاتفاق، فإن بقرارهم هذا الصادر بتاريخ 1984/05/20 يكونوا قد خرقوا القانون ما يستوجب نقضه. خاصة وأن التأخر في التسليم يرجع إلى البائع الذي تقاعس في تنفيذ التزامه. لذلك نقض قرار مجلس

---

[1]– المجلة القضائية، 1989، ع 02، ملف رقم 42369، قضية فريق ( ش ر) ضد (ق ع)، ص 132.

[2]– المادة 361 ت م : " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا ومستحيلا ".

قضاء سكيكدة الصدر بتاريخ 1984/05/20 وإعادة الأطراف والقضية إلى ما كانت عليه قبل صدوره، وإحالة القضية إلى مجلس قضاء قسنطينة للفصل فيها من جديد وطبقا للقانون.

أما في صدد عقد القرض، فقد قضت المحكمة العليا[1] في قرار لها صادر بتاريخ 2010/01/07 أن مراسلة الموافقة المبدئية لا ترقى إلى درجة الالتزام بمنح القرض. حيث أنه تم تحرير مراسلة مؤرخة في 2002/09/25 من طرف القرض الشعبي الجزائري؛ وكالة 156 الحماديين؛ وهي تبين الشروط التي يلتزم بها طالب القرض ومشروطة بكتابة اتفاقية نهائية مكتوبة بين الطرفين. حيث اعتبر قضاة كل من المحكمة ومجلس قضاء بجاية أن هذه المراسلة مجرد موافقة مبدئية تتطلب أو تشترط تحديد اتفاقية مكتوبة تحدد فيها كل الالتزامات المتقابلة للطرفين، باعتبار أن كل اتفاقية مالية لا تكون إلا بعقد مكتوب تحدد فيه كل الالتزامات المتقابلة. وهذا قضاء سليم في نظر قضاة المحكمة العليا باعتبار أن الاتفاقية المكتوبة التي ترتب مختلف الالتزامات لم تحرر بعد.

و في الضفة الأخرى اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عقد الضمان المستقل هو العقد الذي يتعهد البنك بمقتضاه بأن يقوم بناء على طلب الأمر بالسحب يدفع مبلغ في حدود قيمة متفق عليها بدون أن تكون بإمكان المؤسسة المالية تأجيل الدفع أو التذرع بمعارضة أيا كانت النتيجة و حددت محكمة النقض الالتزامات الرئيسية الناتجة عن عقد الضمان المستقل[2].

و لكن إذا كان الالتزام الأصلي يساهم بقدر كبير في تكيّيف العقد فما هي الآثار المترتبة عن تخلفه وما هي الحلول التي يمكن الوصل إليها؟

## ثانيا: تأثير تخلف الالتزامات العقدية على مسار التكيّيف

باعتبار أن العقد هو نتاج الإرادة؛ و هي المحور الأساسي في تحديد عناصر للعقد، فبوجود الالتزامات الأصلية في العقد محل التكيّيف يسهل بشكل كبير التوجه نحو تكيّيف معين.

---

[1]– مجلة المحكمة العليا، 2010، ع 01، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 590758، قضية (ج ف) و(ا ر) ضد مدير قرض الشعبي الجزائري، ص 173.

[2] – J .Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 74, p 83.

ولكن في حالة تخلف الالتزامات الأصلية، وعدم التطرق للمسائل الجوهرية أو التفصيلية للعقد، فما هو الحل الملائم الذي يوجه إليه العقد؟ و أي مسار يتخذه التكيّيف؟

لذلك يتم تناول طبيعة الجزاء المترتب على تخلف الالتزامات الأصلية، و الذي يتراوح بين تغيير التكيّيف بتصحيحه و البطلان (1) و بين البطلان الجزئي و الإنقاص (2).

## 1. بين تغيير التكيّيف والبطلان

يكون العقد باطلا إذا كان باطلا أصلا أو تم تقرير بطلانه لاحقا، و البطلان هو الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله[1]، وبالتالي عدم إنتاجه لأثاره؛ سواء فيما بين المتعاقدين أو تجاه الغير[2]. حيث بطلان العقد يتعلق بأركانه كالتراضي والمحل والسبب و الشكلية كما جاء في المواد 92 إلى 98 و المادة 418 من التقنين المدني، أو بالأسباب الواردة في المادة 101 ت م. و لكن ما يهم هنا هو البطلان الراجع إلى تخلف الالتزامات العقدية، بالتحديد الالتزامات الأصلية، خصوصا إذا كان هذا الالتزام أساسي و هو الوحيد في العقد، فتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد.

و يظهر ذلك في الوعد الملزم لجانب واحد، وللوعد بالتعاقد عدة حالات منها الوعد بالبيع؛ الوعد بالشراء؛ الوعد بالإيجار؛ و الوعد بإنشاء شركة و غيره. فالوعد بالتعاقد يعتبر عقد[3]، يرتب التزاما على عاتق الواعد يتمثل في التزامه بالبقاء على وعده، بإبرام العقد محل الوعد حتى يظهر الموعود له رغبته في التعاقد و إتمامه خلال المدة المتفق عليها. و إذا تخلف التزام الواعد بالبقاء على وعده خلال هذه المدة فإنه يستحيل تكيّيف العقد على أنه وعد بالتعاقد.

---

[1]– محمد صبري السعدي، نظرية البطلان، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة قسنطينة، دار البعث للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، السنة الأولى، العدد الأول، 1982، ص 94. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، ط 2003، ص 38.

[2]– محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، ب ت م، ص 35.

[3]– عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، نفس المرجع، ص 15 وما يلي.

باعتبار أن التزام الواعد ينشأ صحيحا باستيفائه الشروط الموضوعية والشكلية المنصوص عليها في المادة 71 من التقنين المدني، فإن تخلفت يكون الوعد باطلا. و هذا حسب ما أكدته المحكمة العليا[1] في قرارها الصادر بتاريخ 2007/02/21 حيث أن عقد الوعد بالبيع المنصب على نصيب الواعد في ملكية شائعة عقد صحيح، في حالة استيفاءه مقتضيات المادتين 71 و 94 من التقنين المدني. و ما ذهب إليه القضاة برفض إتمام إجراءات البيع والتوجه إلى الموثق من أجل تنفيذ عقد البيع الرسمي الذي تم بين ( ل ز) و ( ب ب) على أساس أن العقار الموعود بيعه لم يتم تحديده تحديدا دقيقا كونه من المسائل الجوهرية التي يقوم عليها عقد البيع، جاء مخالفا للقانون لأن عقد الوعد بالبيع تضمن المسائل الجوهرية و أن أساس تحديد النصيب هو الميراث و هو قابل للتحديد و التعيّين. مما يتعين نقض القرار محل الطعن بالنقض.

و المدة الواجب تحديدها في الوعد بالبيع بخصوص إبرام عقد البيع تحدد إما بتاريخ، وإما باتفاق ضمني، و إما بحصول أمر معين. هذا ما أكدته المحكمة العليا[2] في قرارها الصادر بتاريخ 2001/05/23 حيث أن الطاعن تستند إلى خرق المادة 71 من التقنين المدني كون الوعد بالبيع موضوع النزاع في خصوص المدة يشترط فقط أن يتم البيع بمجرد تسوية وضعية الأملاك العقارية وتسليم عقد القسمة النهائي من طرف الطاعنة (ي ع)، و أن هذا الشرط لا يرقى إلى درجة أجل، بل لابد أن يحدد الأجل بالسنة والشهر واليوم. إلا أن قضاة الموضوع في نظر المحكمة العليا طبقوا المادة السالفة الذكر تطبيقا سليما، و اعتبروا عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 1985/08/15 قد تم فيه تحديد أجل إبرام عقد البيع و تم تحديد أجل لإبرام عقد البيع باعتبار أن البيع سيتم إثر تسوية وضعية الأموال العقارية و الحصول على عقد القسمة.

أما في حالة عدم بقاء الواعد على وعده بالرغم من استيفاء الشروط القانونية وأخل بالتزامه، فإن العقد هنا يكيّف على أنه وعد بالبيع قائم إلا أنه لا يتم، و لكن يسأل الواعد عن

---

[1]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، عدد 01، الغرفة المدنية، ملف رقم 354333، قرار بتاريخ 2007/02/21، قضية (ل ز) ضد (ب ب)، ص 249.

[2]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2004، عدد02، الغرفة المدنية، ملف رقم 247607، قرار بتاريخ 2001/05/23، قضية (ي ع) ضد (ب ي ع ح)، ص 119.

هذا الإخلال من طرف الموعود له إذا تمسك بإبرام العقد محل الوعد حيث يتمتع بحق شخصي باعتبار أن الواعد ملزم بالتزام شخصي[1].

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا[2] بتاريخ 2007/01/24 أن تصرف الواعد، بعقد بيع مشهر، في العقار محل البيع، ينشئ للموعود له حقا في التعويض. حيث أنه بالرغم من توفر كل الشروط اللازمة لعقد الوعد بالبيع وحدد أجل ثلاثة أشهر لإتمام العقد النهائي، إلا أن المطعون ضده الأول (ع ط) تصرف في العقار محل الوعد بالبيع إلى المطعون ضده الثاني (ب ج ط) و انتقلت الملكية إليه بشهر البيع في المحافظة العقارية. و بالتالي فطلب الطاعن الرامي إلى إتمام إجراءات البيع أصبح مستحيل التنفيذ، هذا ما دفع بقضاة الموضوع التصريح للطاعنين (ع س) و(ع) المولودة (م ف) بالقيام بما يرونه مناسبا من أجل التعويض عن الضرر الذي لحقهما، و هذا ما أكدته المحكمة العليا، و بالتالي رفض الطعن[3].

كما يمكن للإرادة أن تجعل من مسألة ثانوية أو تفصيلية في الأصل مسالة أساسية وجوهرية في العقد. مثلا قد لا يعتد بشخصية المتعاقد في عقد ما بحسب طبيعته إلا أن الإرادة قد تتجه إلى الاعتداد بشخصية المتعاقد في بعض الظروف. كما هو الحال في عقد البيع، فالأصل أن البائع لا تهمه شخصية المشتري و لكن قد توجد ظروف يهتم فيها البائع بشخصية المشتري كما في البيع بالتقسيط ليضمن قبض ثمن المبيع مثلا. و قد تتجه إرادة الطرفين في العقد إلى الاعتداد بشخصية أحد الطرفين أو بشخصية كل منهما معا، و في هذه الحالة ينظر إلى ما يتجه إليه أحد الطرفين فقد لا يهتم المالك مثلا بشخصية المستأجر و قد يدخل المالك في الاعتبار صفة من الصفات و تكون محل اعتبار عند إبرام الإيجار كونه متزوج أو أعزب.

---

[1]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 138. الذي يرى أن المطالبة بالتعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية دون إغفال أحكام المادة 103 ت م التي تقر بعدم اعتداد المرء بغشه.

[2]- مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، عدد 02، الغرفة المدنية، ملف رقم 352043، قرار بتاريخ 2007/01/24، قضية (ع م ومن معه) ضد (ع ط ومن معه)، ص 141.

[3]- أما إذا فاتت المدة المعينة لإتمام الإجراءات ولم يعلن المعني عن رغبته في إتمام في إتمام الوعد وتم التصرف في العقار محل الوعد فإن التصرف سليم من الناحية القانونية، يستفاد من القرار المطعون فيه أن المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات المدة المتفق عليها لم يعلا لم يعلن المشتري رغبته في إتمام الشراء فقامت المطعون ضدها بالتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهذا تصرف سليم قانونا. المجلة القضائية، سنة 2001، عدد01، ملف رقم 223852، قرار بتاريخ 2000/05/24، قضية (م ع) ضد (ج أ ج) و(م ع ق)، ص 138.

و دور الاعتبار الشخصي يظهر سواء في الانعقاد، فلا ينعقد العقد إلا بين الأشخاص التي يعتد بشخصيتهم خلافا للعقود ذات الاعتبار الموضوعي، ودوره كذلك بالنسبة لصحة الانعقاد خاصة للغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته متى كانت هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد أو للآثار فتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد يجب أن يكون من الشخص الذي كان محل اعتبار عند التعاقد وللدائن رفض تنفيذه من غير المتعاقد أو إجباره على التنفيذ إذا كان ممكنا، و لا يجوز نقل الالتزامات عن طريق حوالتها للغير، وكذلك له دور بالنسبة لانقضاء الآثار التي تترتب عن العقد. وبالرجوع إلى تقسيم العقود؛ نجد العقود التي يعتد فيها بالاعتبار الشخصي و العقود التي لا يعتد فيها بهذا الاعتبار[1]، إلا أن هناك من العقود ما يعد بطبيعتها من العقود ذات الاعتبار الشخصي و منها ما يكون كذلك بالنظر إلى إرادة الأطراف، إذ قد يكون للإرادة دور في إضافة عنصر الاعتبار الشخصي.

و لكن حتى في بعض الحالات التي يتخلف فيها الالتزام الأساسي يترتب عن توافق الإرادتين آثار قانونية، من خلال البحث عن تكيّيف يتوافق مع توجه المتعاقدين و مضمون العقد. باعتبار أن هذا العقد ترجم للوهلة الأولى إلى الواقع بطريقة غير صحيحة فالجدير عدم الأخذ به بل يجب تصحيح هذا التكيّيف.

حيث يختلف تغيّير التكيّيف أو تصحيح التكيّيف عن التحول الذي يشترط فيه أن يكون العقد باطل أو قابل للإبطال و تم تقرير بطلانه، و لا يهم أن يكون البطلان كليا و ليس جزئيا، لأن القاضي يقوم بالبحث عن التكيّيف المناسب بدون اشتراط أن يكون هناك حكم يقر ببطلان العقد القابل للإبطال أو إن كان البطلان كليا أم جزئيا، لأن مهمة القاضي في التكيّيف ضرورية وقائمة في كل الحالات دون استثناء وتتم قبل كل ذلك. وقيام القاضي بتغيّير التكيّيف على أساس أن الوصف الذي أطلقه المتعاقدان غير صحيح. لأن في إطار تغيّر التكييف لا يكون القاصي قد دخل دائرة البطلان، ويعتبر بصدد تصحيح التكييف وفقا لما يتضمنه العقد. وعندما يتأكد التكيّيف الصحيح للعقد، وترتب على ذلك إبطال العقد يتم اللجوء إلى إعمال نظرية

---

[1]- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، بيروت، ب ت ن، ص 68.

التحول التي تهدف إلى الحد من البطلان أساسا. خاصة أن التسمية الغلط لعقد ما لا يترتب عليه بطلان العقد بل يعمد القاضي إلى تصحيحها بصفة آلية بالاعتماد على عناصر العقد ومضمونه دون حاجة للاستعانة بخيال الإرادة كما في التحوّل.

و في بعض الحالات يقضي القانون ببطلان التصرفات التي لا تحمل الاسم الذي يعكس إرادة الأطراف و يحول إلى تصرف أخر حدده القانون، وهذا التصرف الجديد يقوم على الإرادة غير الحقيقية. كما تقضي به المادة 390 من ت التجاري، حيث يحكم القاضي ببطلان السند كسفتجة، إلا أن الأطراف المتعاقدة تتمسك ببعض الالتزامات، ليس على أساس التكيّيف الأول غير الصحيح لكن في ظل تكيّيف آخر، فالسفتجة التي لا تحمل تسمية " السفتجة " في متن السند تتجول إلى سند دين عادي باعتبار أن السفتجة باطلة. و يظهر بذلك دور الإرادة في اختيار تكيّيف ملائم، و إن كانت الإرادة هنا هي الإرادة المحتملة التي تنصرف إلى التكيّيف الحالي و ليست الإرادة الحقيقية التي انصرفت إلى الوصف الأول، و بالتالي تغيّير التكيّيف. أما إذا كان هذا التكيّيف لا يتوافق إطلاقا مع إرادة الأطراف المتعاقدة فمصير العقد البطلان.

و على سبيل المثال التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع، الذي هو التزام أساسي، فعدم ذكره أو حتى الإشارة إليه يجعل إعطاء وصف البيع على العقد أمرا مستحيلا. و كذلك إذا كان الثمن تافها يكون العقد البيع باطل لتفاهة الثمن، يقوم القاضي انطلاقا من مجموع العناصر المتوفرة في العقد بإعطاء التكيّيف الملائم للعقد و يتماشي مع القانون. ففي حالة غياب الثمن يكون البيع باطل، إلا أن القاضي بتحليله للعقد و ما يتضمنه من عناصر يتوصل إلى تكيّيف العقد على أنه هبة كونها لا تشترط الثمن حتى و إن كانت في بعض الأحيان بمقابل إلا أنه بسيط مقارنة بالثمن وتكيّف حينها هبة بعوض. أما إذا تخلف الالتزام الأساسي في العقد حيث لا ينعقد العقد بدونه و تعذر إنقاذ العقد من البطلان، فيكون جزاءه البطلان لا محال[1].

---

[1] – Christian LARROUMET, Droit civil, T 03, Les obligations, Le contrat, 3e éd, DELTA, Economica,1996, n°635 et 574, p 663 et 560.

## 2. البطلان الجزئي واللجوء إلى الإنقاص

يتم اللجوء إلى الإنقاص في حالة بطلان شق من العقد و ليس العقد كله كما جاء في المادة 104ت م، حيث يبطل جزء من العقد و يتم الإبقاء على الشق الصحيح منه.

مثلا عقد الشهرة[1] الذي يستمد أساسه من التقنين المدني من خلال المواد المتعلقة بالحيازة و التقادم المكسب، و المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/09/21، فقد أكدت المحكمة العليا[2] في قرارها الصادر بتاريخ 2006/01/18 أنه يجوز بطلان شق من العقد إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال. حيث في هذه القضية و بعد أن وهب المرحوم لبنتيه (م و) و(م ف) القطعة الأرضية التي أصبح يملكها بموجب عقد الشهرة المؤرخ في 1991/02/06، قام (م ش) برفع دعوى يطلب فيها إبطال عقد الشهر على اعتبار أن القطعة الأرضية محل عقد الشهرة يملكها مع الواهب في الشيوع، وانتهت تلك الدعوى إلى إبطال عقد الشهرة.

و سعيا من الطاعنات إلى إبطال القرار الصادر بتاريخ 2002/06/11 عن مجلس قضاء تيزي وزو القاضي بتأييد الحكم الصادر بتاريخ 2000/06/28 القاضي بإبطال عقد الهبة و تعيّين خبير لإعداد مشروع قسمة لمخلفات المرحوم. إلا أن المحكمة العليا من خلال الوجه المثار تلقائيا و المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون في المادة 104 من التقنين المدني لما قضى قضاة المجلس بإبطال عقد الهبة عرضوا قرارهم للنقض، بل كان عليهم إبطال عقد الهبة في الجزء الذي كان يملكه (م ش) في الشيوع مع الواهب ويبقى عقد الهبة صحيح فيما يعود للواهب في هذه القطعة.

فتخلف التزام يعتبر أساسي في هذا العقد لم يؤثر في تكيّيف العقد، و ما دام لا يمكن تحقيقه باعتبار أنه باطل فيما يتعلق فقط بالجزء الذي كان يملكه (م ش) على الشيوع و هذا الجزء قابل للانقسام عن العقد ككل دون أن يتغيّر تكيّيف العقد، فإن البطلان يشمل فقط الجزء

[1]– سكاكني باية، الطبيعة القانونية لعقد الشهرة، المحاماة ( مجلة منظمة المحامين؛ منطقة تيزي وزو )، سنة 2004، عدد 02، ص 05.

[2]– مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، عدد 01، الغرفة المدنية، ملف رقم 324515، قرار بتاريخ 2006/01/18، قضية (م ع) ضد (م ش)، ص 217.

المملوك على الشيوع و ليس كل العقد، لأن عدم تحقيق الالتزام و تخلفه متعلق بجزء من العقد فقط.

و بذلك يشترط أن يكون العقد باطلا في بند من بنوده أو في جزء منه قابل للانقسام، حيث يكون العقد قابل للانقسام إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكيّيفه و لا يغيّر من طبيعته القانونية[1].

تظهر حالات اللجوء إلى الإنقاص أساسا في الشروط المخالفة للقانون كالشرط الذي يقضي بإعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد أو الإنقاص منه[2]، والشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في التصريح بالحادث المؤمن عليه[3]. والشرط الوارد في عقد البيع بمنع التصرف كونه يتنافى مع مضمون الملكية. كل هذه الحالات تسمح بإبطال جزء من العقد و إن وافقا المتعاقدان على إدراجها في العقد، دون أن تتغير طبيعة العقد عكس حالة تحوّل العقد التي تحولنا إلى عقد آخر يخضع لقواعد قانونية مختلفة.

و يجب أن يكون الشق الباطل غير مؤثر في انعقاد العقد، لأنه إذا كان هذا الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد ولولاه لما تعاقدا؛ سواء كلا المتعاقدين أو أحدهما، لأنه إذا كان هذا الجزء أو الشرط هو الدافع إلى التعاقد فإن بإبطاله يمس بإرادة الأطراف وبالتالي يبطل العقد كله فلا مجال للجوء إلى إنقاص العقد من أجل الإبقاء عليه[4]. ويظهر هنا تأثير الإرادة في توجيه تكيّيف العقد.

[1]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 355. وسوف نتناول القابلية للانقسام وعدم القابلية للانقسام في المبحث الثاني.

[2]- المادة 556 من ت المدني التي تنص على : "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

[3]- المادة 622 من ت المدني التي تنص على:"يكون باطلا ... الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث...".

[4]- علي علي سليمان، نفس المرجع، ص 79- 80.

و إن كان تقدير مدى تأثير الشق الباطل يجب أن يكون بالرجوع إلى سلوك الشخص العادي لأن الغرض من نظرية الإنقاص هو ضمان استقرار المعاملات[1]، لذلك نجد المشرع يقضي بإنقاص العقد بقوة القانون[2].

فإذا كانت غالبية الفقه تأخذ بالالتزام الرئيسي لتكيّيف العقد فإن بعض الفقه[3] يرى أن هذا ليس كافيا لأن نفس الالتزام الرئيسي أو المميز للعقد يمكن أن يكون موجودا في عدة عقود. مثلا: الأثر الناقل للملكية ليس خاصا بعقد البيع وحده، لأن هذا الأثر يوجد في المقايضة، وفي القرض الاستهلاكي و غيره. و نفس الشيء بالنسبة للالتزام النقدي، حيث نجده في عدة عقود، لذلك يجب البحث عن التزامات أخرى كعناصر تسمح بتكيّيف دقيق للعقد، و تتمثل في الالتزامات التبعية.

## الفرع الثاني: الالتزامات التبعية كعنصر ثانوي للتكيّيف

إلى جانب الالتزامات الأصلية يمكن أن يتضمن العقد التزامات تبعية، ففيما تكمن الالتزامات التبعية المتعلقة بالعقد؟ و ما هو تأثير تخلفها على تكيّيف العقد؟

في هذا المطلب يتم تحديد الالتزامات التبعية و بيان أنواعها ( أولا )، ثم إلى تأثيرها في عملية التكيّيف ( ثانيا ).

### أولا: تحديد الالتزامات التبعية

يستمد الالتزام التابع مفهومه من اسمه، و يدل عليه المبدأ القانوني العام القائل أن التابع يتبع الأصل، Accessorium sequeitur principale . فالالتزام التابع يرتبط بالتزام

---

[1]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 356.

[2]- المادة 110 ت م : " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها..." وفي العديد من المواضع كما سبقت الإشارة إلها.

[3] – P.H. Autonmattei et J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 4 éd, 2004, n° 05, p 04. Et P. Puig, op cit, p 23.

أصلي وجودا و عدما، أي أن الالتزام الأصلي يمكن أن يكون بدون وجود الالتزام التابع، أما الالتزام التابع فلا وجود له إلا بوجود الالتزام الأصلي.

يمكن تقسيم الالتزامات التبعية في العقود البسيطة إلى صنفين، التزامات تابعة طبيعية (1)، و التزامات تابعة طارئة (2)، و يظهر الفارق بينهما من خلال معالجة كل منهما على حدا.

## 1) الالتزامات التبعية الطبيعية[1]:

و هي تلك الالتزامات المرتبطة بعقد معين، **غير أن إرادة الأطراف المتعاقدة يمكن أن تلغيها** بدون أن تتأثر طبيعة العقد. و ابرز مثال على ذلك وضع شرط عدم الضمان في العقد.

فمثلا في عقد البيع يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط الضمان؛ حسب المادة 377 من التقنين المدني و التي تنص على: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو ينقصا منه، أو يسقطاه ...".

فيتفق المتعاقدان على إسقاط الضمان؛ فيرد شرط يعفي من الضمان بصفة عامة، وهكذا يزول الالتزام الذي كان موجود من قبل. و يمكن أن يكون هذا الاتفاق خاص بحالة معينة ومحددة، كما يمكن أن يكون عاما يعفي البائع من كل الضمان؛ بشرط أن يكون في حدود القانون. كل هذا دون أن يتأثر تكيّيف العقد على أنه عقد بيع. أما في حالة وجود شرط الضمان في العقد؛ يعتبر التزام عقدي كباقي الالتزامات الناشئة عن العقد. أما في حالة إسقاطه؛ كأنه لم يكن موجود من قبل ذلك، فهو خاضع لإرادة الأطراف بترخيص من القانون[2].

---

[1]– لما نقول الالتزام الطبيعي لا نقصد هنا بالالتزام الذي هو نوع من أنواع الالتزام بالنظر إلى تقسيم الالتزام من حيث الأثر فنجد الالتزام المدني والالتزام الطبيعي حسب ما جاء في المادة 160 من التقنين المدني حيث يقصد بالالتزام الطبيعي في هذه المادة الالتزامات التي لا يجوز إجبار المدين على تنفيذها إذا لم يقم بتنفيذها من تلقاء نفسه وهي في الواقع مجرد واجبات أدبية ترتفع درجة وجوبها عن درجة وجوب الالتزامات الخلقية في صورتها العادية. للمزيد راجع علي فيلالي، نفس المرجع، ص 19 وما يلي.

[2]– وأكثر من ذلك هناك حالات استثنيت من التزام الضمان سواء بسبب موضوعها الذي يؤدي غلى بطلان العقد أو بسبب الشكل الذي تتم فيها كالبيوع التي تجريها السلطة القضائية والإدارية إذا كانت بالمزاد حسب المادة 385 من التقنين المدني.

كما في عقد نقل البضاعة فالناقل تحدد مسؤوليته عن التلف أو الضياع الذي قد يصيبها في بند من بنود العقد[1]، و قيام الأطراف المتعاقدة بإلغاء هذا الشرط الذي يجيزه القانون في المادة 52 من التقنين التجاري دون أن يتأثر تكيّيف العقد بذلك، فهو عقد نقل يخضع للقواعد القانونية المقررة له و لكن فيما يتعلق بشرط تحديد المسؤولية يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين و للقاضي مراعاة ذلك.

## 2) الالتزامات التبعية الطارئة:

و هي تلك الالتزامات التي **يمكن للأطراف المتعاقدة إضافتها إلى العقد** دون أن يتغيّر مضمون هذا العقد[2]. و أحسن مثال على ذلك التعويض الاتفاقي أو ما يصطلح عليه بالشرط الجزائي[3]. و يعرف الشرط الجزائي بأنه ذلك الشرط الذي يرد في العقود المختلفة لكفالة احترامها وضمان تنفيذها فإذ بمقتضى هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي يخل بالتزامه بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر[4]. فهو لا يرتبط بعقد معين و لكن يمكن أن يضاف إلي أي عقد. و عادة يرد هذا الشرط في العقد الأصلي، لكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق عليه لاحقا[5]، بشرط أن يكون هذا الاتفاق سابق على واقعة إخلال المدين بالتزامه التعاقدي حسب المادة 183 من التقنين المدني التي تنص على: "...أن يحددا مقدما قيمة التعويض...".

و أما الاتفاق على التعويض الذي يعقد بعد وقوع الضرر فهو يعتبر عقد صلح تحكمه المادة 459 و ما بعدها من التقنين المدني و ليس شرط جزائي، كأن ينص في عقد نقل على تحديد المبلغ الذي يدفعه الناقل في حالة فقدان البضاعة أو تلفها. وعادة ما يكون الشرط

---

[1]– هذا ما أكدته المحكمة العليا. المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 02، ملف رقم 30914، قرار بتاريخ 1983/03/16، قضية الشركة الوطنية للنقل الحديدي ضد (ع ع)، ص 39.

[2] – F. Térre, op cit, n° 392, p 330.

[3]– تناوله المشرع في المواد 183، 184 و185 من ت م. إذا قدر التعويض من قبل القاضي يعرف بالتعويض القضائي، وقد يحدده القانون في حالة التأخر في التنفيذ ويعرف بالتعويض القانوني، وقد يتفق الطرفان مقدما على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي. هذا الأداء قد يكون مبلغا من المال أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

[4]– عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري –دراسة مقارنة، ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1983، ص95.

[5]– محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، نفس المرجع، ص 77.

الجزائي في نطاق المسؤولية العقدية، غير أنه قد يدخل نطاق المسؤولية التقصيرية كأن يتفق صاحب المصنع مع جيرانه على مقدار التعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم مستقبلا من الدخان أو أصوات الآلات[1].

إن الشرط الجزائي التزام تابع لالتزام أصلي ويأخذ حكمه وجودا وعدما والعكس غير صحيح[2]، فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا كان الشرط باطلا، أما إذا كان الشرط باطلا فلا يشمل ذلك الالتزام الأصلي. و لا يستطيع المتعاقد مطالبة المتعاقد الآخر بالشرط الجزائي قبل مطالبته بالتنفيذ، يلجا أولا إلى الأصل و في حالة تخلفه يتم اللجوء إلى التابع. و أما في حالة انقضاء الالتزام الأصلي لسبب ما؛ ينقضي معه الشرط الجزائي[3].

فالالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي، يمكن أن يكون نقل حق عيني؛ أو القيام بعمل؛ أو الامتناع عن عمل[4]. فإذا كان العقد بيعا يلتزم البائع بالتسليم الذي هو التزام أصلي يقع على عاتقه، فإذا أخل بالتزامه يلتزم بالشرط الجزائي الذي هو التزام تبعي. فلا يمكن للمتعاقد أن يتحلل من الالتزام بالتسليم بدفع قيمه الشرط الجزائي وبالتالي ينقضي التزامه، بل أن قيمة الشرط الجزائي ليست محلا بديلا للالتزام الأصلي بالتسليم.

كما قد يتفق في عقد الاشتراط لمصلحة الغير على عدم استعمال المشترط حقه في النقض إلا بموافقة المتعهد[5]، إذا كانت له مصلحة في تنفيذ الالتزام للمستفيد[6]. أما إذا تم النقض النقض فإن حق المنتفع يزول بأثر رجعي، و إذا لم يعين المشترط مستفيدا جديدا ينتقل هذا الحق إليه، فإن الاستفادة تكون للمشترط نفسه. و المستفيد الجديد أو المشترط لا يتلقيان الحق

---

[1]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983، ص 263.

[2] – Abdessalam DIB, Les accords relatifs à la responsabilité contractuelle el le rôle du juge, Revue de la coure suprême, année 2008, n° 02, p 43.

[3]– عبد الحكيم فوده، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، مصر، 1992، ص 197.

[4]– محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، نفس المرجع، ص 80.

[5]– و إن كانت طبيعة العقد قد تقتضي عدم حق المشترط في النقض حسب ما جاء في المادة 107 فقرة 01 ت م: "...ما لم يكن يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد"، كما في عقد التأمين على الأشياء لصالح من تثبت له ملكيتها أو كما إذا باع شخص عقارا مرهونا واشترط على المشتري دفع بعض الثمن أو كله سدادا للدين المضمون لأن لمشتري العقار المرهون مصلحة في دفع الثمن للدائن حتى يتطهر العقار من الرهن فلا ينزع من ملكيته.

[6]– محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، نفس المرجع، ص 345.

عن المستفيد الأول بل من عقد الاشتراط ذاته. فإذا لم يتضمن العقد الشرط فإن العقد يبقى و يظل عقد اشتراط لمصلحة الغير.

و كذلك بالنسبة للوكالة، فإن الأصل أنها تبرعية حسب ما جاء في المادة 581 من التقنين المدني[1]، أين يقوم الوكيل بتمثيل الموكل أمام الغير ويتعاقد باسم الموكل ولحسابه بمقتضى السلطة المخولة له من الموكل. فعقد الوكالة قائم، ويتفق الطرفان على إضافة شرط الأجر إلى العقد، فإن هذا الشرط لا يؤثر في تكيّيف هذا العقد على أنه وكالة، بل إن هذا الشرط يسمح بتعديل تكيّيف الوكالة من مجانية إلى وكالة بمقابل، للقاضي التدخل لتقدير هذا الأجر في حالة عدم دفعه طوعا بعد تنفيذ الوكالة[2]. و كذلك تكيّيف العقد بأنه وكالة لا يرتبط بما إذا كانت هذه الوكالة مجانية أو بمقابل فهي تبقى وكالة بالنظر إلى الالتزامات الأصلية التي تحتويها. و إن كان نظام مسؤولية الوكيل تختلف إذا ما كانت مجانية أو بمقابل.

## ثانيا: تأثير العناصر الثانوية في تحديد القواعد القانونية

إن الغاية و الهدف من تكيّيف العقد هو السعي إلى تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد محل النزاع، و باعتبار أن الالتزامات الثانوية ناتجة من المسائل التفصيلية التي لا تؤثر في وجود العقد إلا إذا اتفقا المتعاقدان على اعتبارها أساسية و ضرورية لانعقاده. إلا أن للأطراف المتعاقدة استبعادها و استخلافها بما يخدم مصالحهم، كما يمكن أن تغيب عن ذهن المتعاقدين و لا يتطرقان لها على الإطلاق. و بالتالي ما هي القواعد القانونية التي تحكم العقد؟ و هل لإرادة الأطراف المتعاقدة دور في توجيه التكيّيف من خلال تحديد القواعد القانونية التي تحكم العقد؟

---

[1]– المادة 581 فقرة 01 ت مدني والتي تنص على: " الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنيا من حالة الوكيل".

[2]– المادة 581 فقرة 02 من ت المدني و التي تنص على: "فإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعا بعد التنفيذ".

## 1- العقد شريعة المتعاقدين بشأن المسائل الثانوية

يعالج المشرع المسائل التفصيلية بقواعد قانونية مكملة، فيتيح للإرادة مجالا من الحرية فيما يتعلق بها. ففي حالة الاتفاق على استبعاد القواعد القانونية المكملة وبالتالي يتم الاتفاق على استبعاد الالتزامات الثانوية دون أن يتأثر وصف العقد من بعد ذلك كون العقد انعقد صحيحا مرتبا لكامل آثاره، إلا أنه يستبعد تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالمسائل التفصيلية التي أستبعدها المتعاقدان، و يحل محلها البند أو البنود التي اتفق عليها المتعاقدان باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين. و هكذا تكون الالتزامات المتفق عليها و الواردة في العقد بمثابة القانون من حيث الإلزامية، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للقاضي بشرط مراعاة النظام العام والآداب العامة طبعا وعدم مخالفتها للقانون.

و بالتالي فإن الإرادة تلعب دورا في تحديد ما تلتزم به فيما يتعلق المسائل التفصيلية دون أن يتأثر تكيّيف العقد، إلا أنه إذا كانت النية من وراء هذا التحديد غير مشروعة فإن الإرادة تقيّد ويبطل مفعولها في حدود ما يخالف القانون وذلك لضمان التطبيق السليم للقانون. أما إذا تأثر تكيّيف العقد من جراء استبعاد التزام ما فيه، فإن هذا الالتزام يكون أساسيا وجوهريا بالنسبة لعملية التكيّيف ويترتب على ذلك آثار مختلفة عن تلك المترتبة عن استبعاد التزام ثانوي.

## 2- تطبيق القواعد المكملة لإغفالٍ في المسائل الثانوية:

باعتبار أن العقد ينعقد بمجرد الاتفاق على العناصر الجوهرية فيه؛ ولو لم يتعرض الطرفان للمسائل التفصيلية. وكثيرا ما لا نجد في العقد بيانا وافيا لتفاصيل ما ينشأ عنه من التزامات. وهكذا تثور مشكلة تكملة العقد، فلا يتولى القاضي مهمة تكملة العقد وفقا للمادة 107 فقرة 02 من ت المدني، إلا في حالة قصور الإرادة أي عدم تطرقها لمسألة من المسائل. فأولا يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بطرق التفسير المختلفة، فإذا ما عجز عن ذلك يلجأ إلى تحديد مستلزمات العقد وفقا للقانون؛ العرف؛ العدالة وطبيعة الالتزام[1].

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، نفس المرجع، ص 296-297.

وتتوقف تكملة العقد على تحديد نوعه وصنفه، كونه عقد ملزم لجانبين، ملزم لجانب واحد، فوري، زمني أو كونه عقد غير مسمى[1]. وبالتالي في حالة تخلف الالتزامات الثانوية وعدم الاتفاق بشأن المسائل التفصيلية، لا يؤثر في تكيّيف العقد وتحديد القواعد القانونية المطبقة علية، وإنما المشكل يكمن في تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذه المسائل الثانوية. بالتالي يكون الحل باللجوء إلى تطبيق القواعد القانونية المكملة التي تعتبر في هذه الحالة ملزمة للطرفين كالقواعد الآمرة بالضبط، لأن القواعد المكملة في هذا السياق تلعب دورا مكملا لإرادة الأطراف المتعاقدة [2]. ثم تأتي المصادر الواردة في المادة 107 فقرة 20 من التقنين المدني.

و هكذا فإن الالتزامات التبعية بالنسبة إلى الالتزام الأصلي ليس لها دور محدد في تكيّيف العقد، وتصبح القاعدة العامة القائلة بأن التابع يتبع الأصل منتجة لمفعولها. فهذه الالتزامات تؤدي فقط إلى تغيّير نظام جزء معين في مسرى العقد، دون المساس بالتكيّيف. و هناك من يعتد بالالتزامات الرئيسية دون الالتزامات التفصيلية في تكيّيف العقد، وهناك من أخذ بتصور واسع فلا فرق بين أهمية الالتزامات. حيث يرى الأستاذ علي فيلالي[3]، أن المعيار يكمن في الارتباط بين التزامات الطرفين، بغض النظر عن أهميتها طالما يمكن الدفع قانونا بالنتائج المترتبة على هذا الارتباط كالدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ أو غيرها من الدفوع.

إضافة إلى الالتزامات التعاقدية التي تأخذ حصة الأسد بالنسبة لعملية تكيّيف العقد وتحديد القواعد القانونية التي تحكمه في كل تفاصيله، فإن لبعض العناصر الأخرى المتعلقة بالعقد نصيب في ذلك و نتناول فيما يلي صفة الأطراف المتعاقدة.

## المطلب الثاني: صفة الأطراف المتعاقدة

إن اتساع نطاق النظام العام والآداب العامة خصوصا في المجال التعاقدي سعيا إلى حماية الصالح العام من خلال تقيّيد الحرية التعاقدية المساواة والعدالة والتوازن العقدي وازداد ذلك خاصة في العلاقات التعاقدية الحديثة بظهور مختلف التفاوتات، ما دفع المشرع إلى التدخل لضبط الالتزامات

---

[1]- مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص 308.

[2]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 365.

[3]- علي فيلالي، نفس المرجع، هامش ص 58.

وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بموجب حماية المصالح العامة خصوصا في العلاقات ذات التراكيب المتعددة. هذا ما ساهم في زيادة عدد العناصر المطلوبة لتكيّيف العقد باعتبار أن مجال الحرية المتروكة للمتعاقدين تقلص، لهذا يتم اللجوء إلى هذه العناصر للتكيّيف[1]. و يتعلق الأمر هنا بصفة المتعاقدين وشكل العقد ومدة العقد وغيره، ويتم التركيز في هذا الصدد على صفة الأطراف المتعاقدة واستبعاد باقي العناصر.

حيث تلعب صفة الأطراف المتعاقدة أحيانا دورا مهما في حسم التكيّيف، ذلك أنه يتعذر فهم بعض العقود إلا بالاستناد إلى صفة المتعاقدين سواء بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. وفي أحيان أخرى فإن الصفة لا يكون لها دور في تكيّيف العقد وإنما تعزز مضمون هذا العقد بالتشديد في بعض المرات والتراخي في مرات أخرى، وذلك حسب ما تتطلبه كل حالة وما يحيط بها.

## الفرع الأول: الصفة معيار حاسم للتكيّيف

يظهر الدور الحاسم للصفة في بعض الحالات التي يتعذر فيها فهم بعض العقود إلا استنادا إلى صفة المتعاقدين، أين تلعب دورا حاسما في التكيّيف؛ سواء بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة.

### أولا: التأثير المباشر للصفة

تؤثر صفة المتعاقد بطريقة مباشرة على تكيّيف العقد الذي يكون طرفا فيه. ففي بعض العقود يظهر التأثير المباشر للصفة على عملية التكيّيف في بعض المجالات، كما في علاقة العمل القائمة بين الهيئة المستخدمة وعامل أجنبي، حيث تعتبر علاقة عمل محددة المدة بقوة القانون استنادا إلى صفة العامل وهذا حسب ما نصت عليه المادة 04 من القانون رقم 10/81 المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب. فتسلم رخصة عمل مؤقتة يمارس نشاط مدفوع الأجر لمدة محددة للذي يستوفي الشروط القانونية ووفقا للقانون [2]. وذلك خلافا لعلاقة العمل الخاصة بالمواطنين الجزائريين والتي يجب

---

[1] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 63, p 74.

[2]– قانون رقم 10/81 المؤرخ في 1981/07/11 المتعلق بتشغيل الأجانب، الجريدة الرسمية عدد 28 المؤرخة في 1981/07/14.

أن تبرم كقاعدة عامة لمدة غير محددة واستثناءا يمكن إبرامها لمدة محدد وفقا للقانون[1]. فصفة الأجنبي التي يتصف بها العامل تسمح بتكيّيف العقد على أنه عقد محدد المدة بصفة آلية، ولن يتحول عقد عمل الأجنبي إلى عقد عمل غير محدد المدة ولو تم تجديده عدة مرات[2].

و قد اعتبرت المحكمة العليا أن شاغل الأمكنة بحسن نية يعد مكتسبا لصفة المستأجر، وأن مجرد قيام شخص معين بدفع بدل الإيجار لا يمكن أن يحرم صاحب حق الإيجار من صفته كمستأجر لصالح من تولى تسديد الإيجار الذي يتصرف باعتباره وكيلا أو مدير أعمال. فقيام (ب ع) بتسديد الإيجار وتزكية ذلك من طرف ديوان السكن ذي الكراء المعتدل لا يحرم (ب م) الذي صدرت الإيصالات باسمه من حق الإيجار، فهو شاغل الأمكنة بحسن النية[3]. وهكذا فتكيّيف صفة الطرف في العلاقة التعاقدية يسمح بتأكيد تكيّيف ما على العقد.

و كذلك الحال في التشريع الفرنسي، حيث عقد الاندماج في الزراعة مثال نموذجي؛ يظهر بصورة خاصة الأهمية التي يمكن لصفة المتعاقدين أن تلعبها بالنسبة لتكيّيف العقد. فصفة المنتج الزراعي هي الحاسمة في تكيّيف عقد الاندماج الذي لا يمكن أن يكون إلاّ بين منتج زراعي أو مجموعة منتجين ومقاولة صناعية أو تجارية أو عدة مقاولات. حيث اعتبر القضاء الفرنسي بأن شركات التعاونية الزراعية تشكل فئة خاصة متميزة عن الشركات المدنية التجارية، ومربي المواشي يعتبر منتج زراعي عكس تاجر المواشي الذي لا يعتبر منتجا زراعيا[4].

## ثانيا: التأثير غير المباشر للصفة

تؤثر صفة المتعاقدين أو أحدهما بطريقة غير مباشرة في تكيّيف العقد في بعض الحالات، سواء في المجال الإداري، أو المجال التجاري أو غيره.

---

[1]- المواد 11 و12 و12 مكرر من القانون 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل جريدة رسمية عدد 17 المؤرخة في 1990/04/25 المعدل بالقانون رقم 29/21 المؤرخ في 1991/12/21 جريدة رسمية عدد 68 المؤرخة في 1991/12/25، والأمر رقم 21/96 المؤرخ في 1996/07/09 جريدة رسمية عدد 43 المؤرخة في 1996/07/10.

[2]- المادة 08 و10 من القانون 10/81 المذكور سابقا.

[3]- المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 01، ملف رقم 30618، بتاريخ 1983/05/16، قضية (ب ع) ضد (ب م)، ص 180.

[4] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 65, p 75.

مثلا: ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر عقودا إدارية. من المسلم به أن الإدارة يمكنها أن تختار الطريقة التي تتعاقد بها لممارسة نشاطها تحقيقا للمصلحة العامة فقد تلجأ إلى طريقة التعاقد العادي وبالتالي تتنازل على مرتبة الأشخاص الطبيعية وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أو تلجأ إلى طريقة التعاقد الإداري وتبرز امتيازاتها كسلطة عامة على حساب المتعاقد معها وهي الطريقة الأكثر انتشارا لما توفره من حماية وضمان للمال العام[1]. وأمام عدم إمكانية نص المشرع على كل العقود الإدارية[2]، وإعطاءه للإدارة حرية اختيار طريقة التعاقد باستثناء حالات معينة يلزمها بإتباع أسلوب معين[3]، هذا ما دفع بالقضاء إلى البحث عن معيار أنجع لتحديد العقد الإداري ولم يكتف بما أورده المشرع فقط. وإن كان في بعض الأحيان لا يتلاءم التكيّيف الذي يضفيه المشرع على العقود مع طبيعتها ومضمونها[4]. وبالتالي تحديد مضمون العقد له أهميته، حتى يعتبر العقد إداريا يجب توفر شرطان الأول أن يكون أحد طرفيه إدارة عامة عقدته بقصد تسيير مرفق عام والثاني أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة في المعاملات بين الأفراد[5].

إن عقد القرض العام؛ عقد قرض بالنظر إلى الالتزامات التي يتضمنها، فصفة الطرف لم تحسم تكيّيف العقد بأن قرض أو شركة أو غيره. بل العقد يعتبر قرضا إلاّ أنه بالنظر إلى الصفة الإدارية للإدارة، أصبح قرض عام، وبذلك يخضع العقد لقواعد التقنين الإداري التي تختلف عن قواعد التنظيم المدني. ويتوقف ذلك على تضمن العقد للشروط غير المألوفة في المعاملات الخاصة[6]. لأن العقود التي تبرمها الإدارة العامة بالشروط العادية المألوفة بين الأفراد، تعتبر عقودا عادية تخضع للقانون الخاص لا عقود إدارية.

---

[1]- راجع سليماني السعيد، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مقال منشور في- دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2007، عدد 04، ص 210.

[2]- وإن كان الفقه ينتقد بشدة فكرة التحديد التشريعي للعقود الإدارية بل فضل تركها للقاضي.

[3]- كما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 52، سنة 2002. حيث تضمن عقود أضفى عليها الصفة الإدارية وتتمثل في عقود إنجاز الأشغال، عقود اقتناء اللوازم، عقود تقديم الخدمات وعقود انجاز الدراسات.

[4]- راجع سليماني السعيد، نفس المرجع، ص 214.

[5]- المشرع تبنى المعيار العضوي فيما يخص القرار الإداري. راجع أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 97.

[6]- كتمتع الإدارة بحق تعديل العقد، حق توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة الإخلال بالتزاماته التعاقدية، حق اللجوء إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة. راجع سليماني السعيد، نفس المرجع، ص 219.

إلا أنه قد كون العقد إداري بالرغم من أنه تم بين أشخاص طبيعية غير إدارية. كأن يتعلق الأمر بأشغال هي بطبيعتها تخص الدولة؛ كالأشغال العمومية، أو إذا أبرم عقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص و تصرف أحدهم باسم و لحساب شخص معنوي عام بناءا على تفويض صريح منه[1].

و كذلك العقود التي يبرمها التاجر ليست كلها عقود تجارية تخضع لقواعد التقنين التجاري، وإن كانت صفة التاجر تلعب دورا في تحديد القواعد القانونية التي يخضع لها العقد. فالعقود سواء كان من العقود المسماة أو العقود غير المسماة إذا أبرمها شخص يتمتع بصفة التاجر فإن العقد يكسب الصفة التجارية و بذلك يخضع للقواعد التي تتناسب مع طبيعته التجارية. و هذه القواعد توجد بعضها في التقنين المدني و يوجد معظمها في التقنين التجاري، فعقد البيع التجاري و عقد الوكالة بالعمولة وعقد بيع السفن، فالعقد يكسب صفة التجارية إذا كان من أبرمه يتمتع بصفة التاجر كما هو محدد في التقنين التجاري فالبيع التجاري هو عقد كيّف على أنه عقد بيع؛ وبالنظر إلى صفة التاجر التي يتمتع بها الطرفان أو أحدهما أصبح تجاريا، و يمكن أن يكون تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه دون الآخر كما يمكن أن يكون تجاريا بالنسبة للطرفين معا. فصفة التاجر هنا ليست معيارا حاسما بل أثّر بطريقة غير مباشرة على تكيّيف العقد بأنه عقدا تجاريا وبذلك يكون خاضعا في بعض بنوده لقواعد التقنين التجاري. و إن كان يشترط لتكيّيف العقد أنه تجاري أن يبرمه التاجر لحاجته التجارية أو بمناسبتها وأن يكون القصد من وراء ذلك تحقيق لربح و لو لم يكن تاجرا.

حيث قرر مجلس قضاء الأغواط استنادا إلى الوثائق المقدمة (سجل تجاري) من طرف (المطعون ضده) التي تثبت صفة التاجر التي يتمتع بها، أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تجارية وليست حرفية. على عكس الطرف الآخر (الطاعنات) لم تقدمن ما يثبت صفة الحرفي للمطعون. حيث صفة الحرفي تكتسب طبق للقانون الأساسي للحرفي رقم 12/82 المؤرخ في 1982/08/82 بتوفر شروط منها أن يكون الحرفي مسجلا في سجل الصناعات اليدوية والحرف لدى البلدية المقيم فيها، وأن تكون له المهلات المهنية المثبتة بالشهادة التأهيلية المسلمة له من مركز تقني أو مهني حسب ما جاء في المرسوم رقم 230/88 المؤرخ في 1988/11/05 الذي يحدد كيفية

---

[1]– سليماني السعيد، نفس المرجع، ص 217.

اكتساب صفة الحرفي. وعلى ذلك قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/05/20 في شأن هذه القضية، أن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون[1].

و بالتالي يتصل بعملية التكيّيف بيان ما إذا كان العقد مدنيا أو تجاريا، حيث تلعب صفة الشخص الطرف فيه دور في تحديد الطبيعة التجارية للعقد أو المدنية[2].

و إذا لم تتوفر في العقد مواصفات العقد التجاري و لا مواصفات العقد الإداري فإن العقد يكون مدني يخضع لقواعد التقنين المدني باعتبار أن القواعد الواردة فيه تعد في الواقع بمثابة الشريعة العامة التي صالحة التطبيق على جميع العقود. أما قواعد التقنين الإداري و التجاري فهي تعديل لبعض القواعد الموجودة في النظرية العامة للعقد بحسب ما تفرضه طبيعة هذه العقود[3].

فالأمر يتعلق إذن بنظام العقد الذي يخضع لتأثير صفة أحد المتعاقدين، ذلك أن وصف العقد بالمعنى الضيق "عقد قرض" يتوقف على وجود العناصر الموضوعية لنموذج القرض. على أن تكيّيف القرض التجاري بدلا من القرض المدني له أهميته في تحديد النظام القانوني المطبق على العقد وبالتالي يكون لصفة المتعاقد تأثيرا غير مباشرا في عملية تكيّيف العقد[4].

## الفرع الثاني: الصفة معيار لتعزيز موضوع العقد

الصفة في بعض الحالات لا تكون معيارا لتحديد نوع العقد وطبيعته القانونية، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي تؤخذ بعين الاعتبار فيها بالصفة المهنية (المهني والمستهلك) لأحد المتعاقدين. إلا أنه بوجود هذه الصفة لدى أحد المتعاقدين تعزز محتوى العقد بدون أن يكون لذلك تأثير على تكيّيفه. فصفة المهني بالنسبة للبائع لها أثر بخصوص الالتزام بالضمان، حيث يمنع من الإعفاء من الضمان القانوني و يشدد فيه. فالعقد يبقى دائما عقد بيع لأن صفة المهني لا تؤثر في الالتزامات التبعية

[1]- المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 02، ملف رقم 66988، ص 93.

[2]- أسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة، نفس المرجع، ص 10.

[3]- مثلا الأحكام الخاصة التي تنظم العقود التجارية دون العقود المدنية و تتعلق بمعدل الفائدة، التضامن بين المدينين، وسائل الإثبات.

[4] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 65, p 77.

للمتعاقد التي لا تؤثر في تكيّف العقد. إلا أن صفة المتعاقدان أخذت اليوم مكانة لا يستهان بها في تحديد الالتزامات التي يلتزم بها المتعاقدان في العقد، بالتالي تكيّيف العقد تكيّيفا صحيحا.

فالعقود المبرمة بين المهني وزبونه لا ترتب التزامات مهنية حقيقية، فمصدر هذه الالتزامات لا يكون في العقد و إنما في صفة مقدم الخدمة. و هكذا فإن معظم العقود الخاصة تتميّز بمحتواها المرتبط بصفة المتعاقدين. فإذا كان أحد المتعاقدين يتمتع بصفة المستهلك[1]، فإن العقد يخضع لقانون الاستهلاك[2].

و بذلك فإن كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر حيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه[3]. فإن كل من كان طرف في هذه العقود يستفيد من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية، و يستوي في ذلك العقود المبرمة بين المحترفين أنفسهم أو بين المحترفين و المستهلكين، فالعبرة بطبيعة العقد لا بأطرافه. فكل من كان طرف في عقود الإذعان يستفيد من الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية، فالعبرة بطبيعة العقد لا بأطرافه. و بالرجوع إلى نص المادة 29 من القانون 02/04 المحددة للممارسات التعاقدية التعسفية تقتصر على الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المستهلك و المحترف. فالشخص لا يكون محترفا إلا بالنسبة للالتزامات التي تتعلق بمهنته، أما الأعمال التي يتعهد بتنفيذها؛ و لا تدخل في مهنته التي يحترفها، فيتساوى وضعه مع أي

---

[1]- تبنى المشرع الجزائري في البداية المفهوم الواسع لمصطلح المستهلك و ذلك ظاهر في المرسوم التنفيذي رقم 39/90، بعد ذلك ساير الاتجاه الراجح فقها و تشريعا و قضاء في تحديد المقصود بالمستهلك و هو المفهوم الضيق حيث يعرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من أي طابع مهني، الوارد في القانون 02/04 المؤرخ في 23 يوليو(جوان) 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية رقم 41.

[2]- قانون الاستهلاك أو قانون حماية المستهلك و هو فرع جديد من فروع القانون الذي محوره الرئيسي هو المستهلك ذاته فإلى جانب ظهور طائفة العمال كطرف ضعيف يقابل طائفة أرباب العمل ببروز الثورة الصناعية مع مرور الوقت أدت إلى بروز طائفة المستهلكين كطرف عديم أو قليل الخبرة الفنية تقابل طائفة المحترفين. شوقي بنّاسي، الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، سنة 2009، عدد 02، ص 149.

[3]- المادة 03 فقرة 04 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

شخص عادي لعدم احترافه ذلك العمل[1]. الصفة لها الدور الكبير في تحديد الالتزامات التي يتحملها كل طرف.

و أما في عقد النقل مثلا، فإن صفة ناقل الأشخاص، باعتبارها الصفة التي يتمتع بها الناقل تسمح بتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا العقد. فيلتزم الناقل بمجموعة من الالتزامات المتعلقة بعقد النقل إضافة إلى الالتزام القانوني المتمثل في ضمان سلامة المسافر لضمان حماية أكثر له، وهذا ما نصت عليه المادة 62 و63 من التقنين التجاري. فهذا الالتزام الأخير مفروض قانونا بالنظر إلى صفة الناقل المحددة في نقل الأشخاص و ليس نقل البضائع أو غيرها، لأن الشخص ليس كالبضاعة يمكن للناقل أن يتحكم فيها بل هو كائن حي بإرادته و نشاطه و حركاته خلال مدة النقل[2]. و كذلك اعتبار الشخص ناقل أم وكيل بالعمولة، حيث إذا قدم خدمة النقل بوسائله الخاصة و له السيطرة الفعلية على عملية النقل فهو ناقل يتميّز عن الوكيل بالعمولة للنقل الذي يتعهد بإنجاز النقل و إنما بوسائل الغير فيعتبر مجرد وسيط[3].

و هكذا يظهر الدور الثانوي أو العرضي للصفة في تحديد القواعد القانونية التي يخضع لها عقد ما، و بالتالي تكيّيفه. سواء فيما يتعلق بتحديد النظام القانوني العام للعقد، هل القواعد التي تحكمه تدخل ضمن قواعد القانون العام أم ضمن قواعد القانون الخاص. و كذلك بعد التوصل إلى القواعد التي تحكم العقد محل البحث مجملا، تصادفنا الصفة التي يتعاقد بها أحد أطرافه فيتعزز موضع العقد ويكتسي أهمية زائدة عن العادة و بالتالي نتوجه نحو قواعد قانونية خاصة بفئة محددة مسبقا بخصوص الحقوق التي تكتسبها و الالتزامات التي تتحملها.

بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه صفة كلا المتعاقدين أو حتى لأحدهما في تكيّيف العقد. فإنه يعترف كذلك بتراكيب و نماذج مختلفة للعقود، وحتى للأطراف المتعاقدة في إطار حرية التعاقدية إحداث عقود جديدة سواء بالجمع بين عقدين أو أكثر معروفين قبلا أو حتى إحداث أنواع جديدة لم

---

[1]– أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مضمون الالتزام العقدي، المطبعة العربية الحديثة، 1976، ص 12.

[2]– راجع عقد نقل الأشخاص، مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 01، 2006، ص 102 وما يلي.

[3]– هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة –العقود التجارية؛ العمليات المصرفية؛ الأسناد التجارية؛ الإفلاس، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 01، 1997، ص 194.

تكن موجودة من قبل، حيث التساؤل يدور حول هذه النماذج و التركيب هل يمكن لها أن تؤدي إلى تكيّيف معين موجود مسبقا دون الآخر؟ هذا ما سوف يتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

## المبحث الثاني: تركيبة العقد كمعيار للتكيّيف

إن القواعد القانونية المحدودة والمعاملات اليومية للأفراد غير المحدودة تقودنا إلى طرح التساؤل حول كيفية التكيّيف و حالاته و من يتحكم فيها؟ فالعقود التي يبرمها الأشخاص لا تكون دائما عقود بسيطة و مسماة، فلا تتناول عملية قانونية واحدة، بل تكون في بعض الأحيان مركبة تنطوي على معاملات متعددة بالتزاماتها و أطرافها. فتختلط العمليات القانونية و الالتزامات العقدية، وتتنوع الأحكام القانونية المتعلقة بها، فهل ينظر إليها على أنها عملية موحدة مترابطة تشكل معاملة واحدة، أم أنه العكس هو الذي يحدث؟ و على أي أساس يكون التوحيد من عدمه؟

و أمام هذا الخلط الذي يمكن أن يقع بين الأحكام القانونية المتعددة، فإنه من الضروري الفصل بين فرضيتين:

سواء بالنظر إلى هذه الأحكام و الالتزامات في مجملها و الهدف من العقد، أو النظر إليها منفصلة عن بعضها البعض، أي اعتبار أن العقد متكون من مجموعة عناصر مترابطة فيما بينها، فإن هذا الإتحاد يسمح لنا بتحديد طبيعته. و بالنظر إلى الصيغ التعاقدية التي يوفرها القانون للأشخاص من جهة، و التي قد يضعها الأطراف تماشيا مع إرادتهم و طبيعة معاملاتهم من جهة أخرى، هل لتركيبة العقد دور في اختيار التكيّيف المناسب؟

و بالنظر إلى مجموع ما يتضمنه العقد الذي يربط المتعاقدين يمكن الاعتماد على التقسيم التالي لحالات التكيّيف تتعلق بالنظرة أو الوجهة التي تفرضها طبيعة مكونات العلاقة التعاقدية نفسها، التي تربط الأطراف المتعاقدة. إما يكون التكيّيف موحد لعناصر المجموعة ( المطلب الأول )، أم اعتماد تكيف توزيعي ( المطلب الثاني ).

## المطلب الأول: التكيّيف الموحد

إن الترابط و الانسجام المتواجد بين مختلف عناصر العقد تسمح بالنظر إلى العقد كأنه وحدة واحدة، من أجل تطبيق نظام قانوني واحد على العقد محل التكيّيف و يكون ذلك بالاعتماد على التكيّيف الموحد. لذلك نتناول مضمون التكيّيف الموحد ( الفرع الأول )، و النتائج المترتبة عنه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أساس التكيّيف الموحد

التكيّيف الموحد يتميز أنه حصري (exclusive)، وتنتج هذه الخاصية من طبيعة الالتزامات الأصلية التي يولدها العقد. فيقوم هذا التكييف على الاكتفاء بعنصر واحد يعتبر أساسيا و أصليا في العقد، أما البقية فتكون عناصر تابعة، فتتحدد طبيعة العقد القانونية انطلاقا من هذا العنصر الأساسي فيه[1]. و يتم ربط العقد محل التكيّيف بفئة قانونية واحدة من حيث نوعها، فيكون العقد بيع و عقد آخر إيجار و هكذا[2]. و منه إعمال قاعدة التابع يتبع الأصل، فهكذا تتشكل بنية موحدة للالتزامات المترتبة عن العقد. فيكون المعيار المميّز للتكيّيف الموحد، و هو عدم تجزئة الالتزامات المترتبة عن العقد[3]. حيث عدم التجزئة هي عامل وحدة، فعندما يتعلق الأمر بتكيّيف اللامنقسم، فإن الترابط الموجود بين عدة عناصر في العقد يسمح بتشكيل بنية معينة؛ و هذه التركيبة هي التي تضمن تكيّيفا محددا للمجموعة[4]. و لما تكون عناصر العقد موحدة و غير قابل للانقسام، فإن التكيّيف يكون موحد. وبذلك فإن هذا الارتباط هو الذي يضمن تماسك المجموعة[5].

---

1 – Daniel Mainguy, Contrats spéciaux, Dalloz, Paris, 6e éd, 2008, n° 11, p18.

2 – Pascal PUIG, Contrats spéciaux, Dalloz, Paris, 2e éd, 2007, p28.

3 – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 91, p 100.

4 – F . Terré, op cit, n° 481, p 378.

5 – F. Terré, op cit, n° 353, p 114.

يكون الالتزام غير قابل للانقسام الذي هو أساس التكيّيف الموحد إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام بطبيعته، إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم أو إذا انصرفت نية الأطراف المتعاقدة إلى ذلك[1].

يعرف الالتزام غير القابل للانقسام بأنه ذلك الالتزام الذي لا يمكن الوفاء به إلا جملة واحدة[2]. وهكذا فإن مضمون عدم القابلية للانقسام في هذا الصدد يمكن أن تكون عدم القابلية للانقسام موضوعية ( أولا )، كما يمكن أن تكون عدم القابلية للانقسام ذاتية ( ثانيا ). و مهما كانت صفتها، فإنه سوف يكون لها دائما دور في الاعتراف و تبني تكيّيف موحد للعقد.

### أولا: عدم القابلية للانقسام الموضوعية: l'indivisibilité objective

تكون عدم القابلية للانقسام موضوعية عندما يعتبرها المشرع معيارا للتكيّيف، و لا يكون لإرادة الأطراف دور فيها[3]. و تظهر أكثر في العقود الملزمة لجانبين، أين يوجد ارتباط و تقابل وتبادل الالتزامات، الذي يقتضي وجود علاقة السببية بين الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد، ويستوجب ذلك[4]:

- أن تنشأ هذه الالتزامات في وقت واحد، أي وقت إبرام العقد.
- أن تكون هذه الالتزامات من مصدر واحد، أي من نفس العقد.
- أن يكون تنفيذ التزام المتعاقد متصلا ومقابلا لتنفيذ الالتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر.

و هكذا يلتزم مثلا المؤجر في عقد الإيجار بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة و ضمان الانتفاع خلال مدة العقد. و يلتزم المستأجر بدفع الأجرة، و بالمحافظة على العين المؤجرة و ردها عند انتهاء مدة العقد. فهذا الترابط بين الالتزامات المختلفة يسمح لنا

---

[1]- المادة 236 من التقنين المدني.

[2]- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، نفس المرجع، ص 252.

[3] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 92, p 101.

[4]- علي فيلالي، نفس المرجع، ص 58.

بتبني تكيّيف موحد لمجموع هذه الالتزامات، على أنه عقد إيجار، و يخضع للقواعد الخاصة بهذا النوع من العقود.

### ثانيا: عدم القابلية للانقسام الذاتية: L'indivisibilité subjective

و تكون عدم القابلية للانقسام ذاتية عندما تنتج عن **إرادة** المتعاقدين، حيث منح المشرع لإرادة المتعاقدين دورا في جعل التزام ما غير قابل للتجزئة، حسب ما نصت عليه المادة 236 فقرة 02 من التقنين المدني. فهي لا تفترض بل تتوقف على إرادة المتعاقدين لا على طبيعة العقد. وبذلك فإن الإرادة تؤثر على طبيعة التكيّيفات[1]. و بالتالي اللجوء إلى معيار قصد المتعاقدين وغرضهما من العملية التعاقدية كموجه لعملية تكيّيف العقد.

و لكن الاعتماد على عدم القابلية للانقسام الذاتية نادرا ما يتعلق بتكيّيف العقد، ذلك أنه غالبا ما يكون من المستحيل تجاهل الالتزامات المترتبة عن العقد، أو استبعاد اتفاق يكون جزء من مجموعة كبيرة أو واسعة. وتكون عدم القابلية للانقسام بصفة أساسية أداة لتحديد امتداد إبطال العقد أو مجموعة العقود. و بالتالي يتجه القاضي نحو تكيّيف توزيعي[2].

## الفرع الثاني: نتائج التكيّيف الموحد

ينتج عن إعمال القاضي للتكيّيف الموحد أن يستمد الطبيعة القانونية للعقد محل التكيّيف من مكوناته الرئيسية **و** إعمال قاعدة التابع يتبع الأصل ( أولا )، أو أن يضفي على العقد طبيعة جديدة (ثانيا ).

### أولا: إعمال قاعدة التابع يتبع الأصل

يستمد العقد طبيعته القانونية من خلال إعمال قاعدة التابع يتبع الأصل. فيقوم القاضي بتغليب أحد العناصر باعتباره العنصر الأساسي في العقد، وما عداه يعتبر ثانويا لا يؤثر في تطبيق أحكامه دون غيره. ففي الاتفاق الذي يتم مع متعهد لنقل الأثاث يمكن تغليب عقد النقل

[1] – F. Terré, op cit, n° 488, p 392.

[2] – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 93, p 103-104.

على عقد المقاولة أو العكس بحسب أهمية كل منهما. وفي عقد المقايضة بمعدل نقدي يعتبر العقد بيعا إذا كان المبلغ الذي سماه المتعاقدان يمكن اعتباره العنصر الغالب في العقد[1].

كذلك الحال بالنسبة للقسمة بمعدل، فإن الأمر يتوقف على أهمية وطبيعة المعدل لتحديد ما إذا كان بيع أو قسمة. ومثلا إذا كان العقد يمزج بين البيع والإيجار و كان يشكل بصفة أساسية بيع، فإن القاضي سيخضعه كلية لنظام عقد البيع بالرغم ما اصطبغ به من إيجار وهكذا.

فلتحديد طبيعة العقد يجب البحث عن العنصر الذي يفوق في الأهمية و ذلك وفقا لمعيار اقتصادي. مثلا لتحديد ما إذا كان العقد بيع أو مقاولة إذا كان محل المقاولة تعهد بصنع شيء و التزم المقاول في نفس الوقت بتقديم المواد اللازمة لذلك، فالمعيار الراجح هو النظر إلى ما إذا كانت المواد المقدمة من المقاول و المستعملة في صنع الشيء تفوق في أهميتها عنصر العمل الذي قام به كان العقد بيعا، و العكس صحيح إعمالا لقاعدة تبعية الفرع للأصل. و لا يتم تجاهل إرادة المتعاقدين، فقد يظهر من اتفاق المتعاقدين أن العمل هو العنصر الأساسي في العقد فيعتبر العقد أنه مقاولة كما يمكن أن يظهر من قصدهما أن العنصر الأساسي هو المواد التي سيصنع منها الشيء فيعتبر العقد أنه عقد بيع[2].

إن عقد نشر الإعلان الذي يتعهد فيه الناشر بنشر الإعلان عن طريق الملصق وصيانته طوال مدة العقد، يكيّف على أنه عقد مقاولة مثل باقي عقود الإعلان. و يعتبر ناشر الإعلان مقاولا و المعلن رب عمل، و يخضع لأحكام عقد المقاولة. إلا أنه يمكن أن يكون عقد النشر هذا عقدا مركبا، حيث يبرم الناشر (المقاول) بعض العقود وكالة عن المعلن لتنفيذ المقاولة.

مثلا: عقد إيجار مكان إقامة الإعلان، أو إبرام عقد إداري مع الجهة الإدارية المختصة أو الحصول على ترخيص لشغل مكان عام باسم المعلنة لحسابه لنشر الإعلان فيه. و لكن كل

---

[1]- محمد حسن قاسم، مسماة العقود، النفس المرجع، ص 17.

[2]- محمد حسن قاسم، العقود غير المسماة دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2007، ص47.

هذه العقود التي يبرمها الناشر لا تنفي أن العلاقة بين المعلن و الناشر عقد مقاولة لأنها العنصر الغالب[1].

## ثانيا: إعطاء العقد طبيعة جديدة

قد يضطر القاضي إلى إضفاء طبيعة جديدة خاصة على العقد محل التكيّيف إذا كان هذا العقد له طبيعة مختلفة عن طبيعة مكوناته. و يتم الاستغناء عن البحث عن العنصر الرئيسي في العقد و إعمال قاعدة التابع يتبع الأصل، فيظهر و تضفى على العقد طبيعة جديدة[2].

يتجه الفقه إلى تبني تكيّيف موحد للعلاقة العقدية التي تربط بين وكالات السياحة والسفر و زبائنها، فتخضع هذه العلاقة لنظام قانوني واحد ومبسط مستوحى من فئة عقدية منفردة. و هي طريقة مفيدة وتعبر عن حقيقة وواقع الأداء الذي تقدمه وكالة السفر لزبائنها. فالوكالة تجتهد فيما تقدمه لعملائها في خلق كائن جديد من جملة الأداءات التي تتضمنها الرحلة المنظمة، و أنها تقدم عملا شخصيا من نتاج أفكارها، لا مجرد تجميع لخدمات و أداءات مقدمة من غيرها من محترفي السياحة؛ كالناقلين و أصحاب الفنادق و المطاعم و قاعات الحفلات. فينظر الزبائن إلى هذه الخدمات المقدمة من وكالات السياحة و السفر على أنها كل واحد تقدمه مؤسسة سياحية واحدة، لا مجرد خدمات متفرقة.

[1] - أحمد إبراهيم عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص191.

[2] - Philippe Malaurie et Laurent Aynés et piérre-yves Gauthier, op cit, p 12.

حيث يذهب القضاء الفرنسي إلى تكيّيف مجمل الروابط التي تقوم بين وكالات السياحة و السفر و زبونها تكيّيفا موحدا، بالنظر إلى الغاية الأساسية من العلاقة بين الطرفين، و الدور الرئيسي الذي تقوم به الوكالة لمصلحة زبونها[1].

و كذلك بالنسبة لعقد المقاولة الذي يمكن له؛ في بعض الحالات؛ أن يصبح عقد بيع لشيء مستقبلي. و ذلك لما يتعلق الأمر بإنجاز شيء منقول جديد مع تقديم المقاول المواد اللازمة لإنجاز هذا الشيء و بقدر من الأهمية، أما إذا كان الشيء محل الانجاز هو بناء عقار فوق الأرض، فإن هذا الحل لا يكون صالح التطبيق لأن البناء يعتبر تابع للأرض المملوكة لرب العمل[2]. و هكذا يتم تبني تكيّيف موحد للعقد عن طريق إعطاءه طبيعة جديدة.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون التكيّيف الموحد غير جدير بالأخذ به نظرا للانحرافات التي يمكن أن تصيب العقد، و بذلك الخروج عن إرادة الأطراف و التصدي لآثاره القانونية التي أرادا ترتيبها. وخصوصا أن التكيّيف الموحد قائم في بعض الحالات على إلغاء عناصر مادية موجودة في العقد أو اعتبارها ثانوية، لتفادي تطبيق عدة أنظمة قانونية في نفس الوقت على العقد الواحد. إلا أن ذلك يمكن له أن يؤدي إلى الانحراف عن الهدف الذي يرجوه أطراف العلاقة التعاقدية.

و في حالات أخرى يستحيل تبني تكيّيف موحد، لذلك يجب اللجوء إلى طريقة أخرى لتكيّيف العقد، أين يمكن إعطاء لكل جزء في العقد الأهمية التي يستحقها دون إقصاء أو تغليب أي عنصر على حساب الآخر. لهذا يكون أمام القاضي طريق آخر أو صيغة أخرى لتكيّيف هذا العقد محل النزاع و تتمثل في تبني التكيّيف التوزيعي.

---

[1]– عدنان إبراهيم سرحان، العلاقة بين وكالات السياحة و السفر و عملاءها؛ الطبيعة القانونية؛ الابرام؛ التنفيذ و المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة الحادي والثلاثون رمضان 1428هـ؛ سبتمبر 2007، ص 413– 414.
ذهب القضاء الفرنسي في قضية متعلقة برحلة حج لإحدى المواقع الدينية، إلى اعتبار وكالة السياحة والسفر لم تقدم خدمة النقل فقط بل السكن و الغذاء و غيرها –بحسب طبيعتها– التي تختلف عن النقل قطعيا.، و بأن العلاقة بين الوكالة وزبونها عموما تشمل على عدد من العقود الخاصة التي تختلف بحسب محلها. ففي بعض الحالات تمارس الوكالة دور الوكيل وفي البعض الآخر تمارس دور أمين النقل. و توصلت المحكمة إلى القول أنه في عملية يكون الهدف الأساسي هو الحج و ليس ما يقتضيه من الانتقال الذي هو أمرا ثانويا. و بذلك يرجح الدور الرئيسي على الدور الثانوي و يكيّف العقد في نهاية المطاف على أنه عقد وكالة. و هذا التكيّيف الموحد يمكن أن يميل نجو اعتبار العقد مقاولة أو نقلا أو بيعا، بحسب الالتزام الرئيسي إذا ما كان تنظيم الرحلة و إدارتها أو تقديم خدمة النقل أو تسويق و بيع رحلات منظمة مسبقا. عدنان إبراهيم سرحان، نفس المرجع، ص 414.

[2] – Jean-Francis OVERSTAKE, op cit, p 90-91.

# المطلب الثاني: التكيّيف التوزيعـــــي

قد لا يتمكن الشخص من تلبية مختلف حاجاته من خلال عقد واحد يتضمن مجموعة من الالتزامات المعروفة، لذلك يضطر إلى إضافة التزامات أخرى تابعة لعقد آخر أو التزامات غير معروفة ولكنها لا تخالف النظام العام و الآداب، فتجتمع كلها في معاملة قانونية واحدة تتوافق فيها إرادة المتعاقدين. ففي حالة النزاع بشأنها يتعذر اعتبار هذه المعاملة كعقد واحد يخضع لنظام قانوني واحد، لأن مختلف العناصر التي يشتمل عليها تكون عل درجة المساواة. لذلك يتم اللجوء إلى التكيّيف التوزيعي. فما هو مضمون التكيّيف التوزيعي؟ و ما هي آلياته ؟ وكيف يكون ذلك؟ هذا ما يتم تناوله في النقاط الموالية.

## الفرع الأول: مضمون التكيّيف التوزيعي

بالرغم من أن التكيّيف الموحد هو المفضل باعتبار أنه يقوم على تطبيق نظام قانوني موحد ومتجانس على العقد الواحد، إلا أنه في بعض الأحوال يتعذر اللجوء إليه نظرا للانحرافات التي قد تصيب العقد. فيكون العقد مكونا من عناصر مختلفة تخضع لأنظمة قانونية متعددة، فيتعذر تغليب عنصر على حساب عنصر آخر لأنه لو حدث يتم الانحراف بالعقد و الابتعاد عن الغاية المرجوة منه، و بالتالي عدم جدوى إعمال التكيّيف الموحد، و هكذا يتم اللجوء إلى التكيّيف التوزيعي.

و بالتالي يكون التكيّيف توزيعيا بالنظر إلى طبيعة الالتزامات التي يتضمنها العقد المراد تكيّيفه، حيث يكون في العقد الواحد التزامات عديدة، لكن المشكل هنا لا يكمن في تعدد الالتزامات، ولكن في أن هذه الالتزامات ترجع إلى عدد من العقود المختلفة التي لا تخضع لنظام قانوني واحد، وبذلك يستحيل اللجوء إلى التكيّيف الموحد سواء عن طريق إهمال بعض العناصر الثانوية أو عن طريق ضم مختلف عناصر العقد. بل يتم التنسيق بين مختلف القواعد القانونية التي تكوّن النظام القانوني لكل عقد من العقود التي تشكل العلاقة القانونية محل التكيّيف، من أجل تطبيقها في مجالات متفرقة من هذه العلاقة. إضافة إلى عدم وجود تضارب و اختلاف بين المتعاقدين بشأن وجود كل هذه الالتزامات. و بالتالي إخضاع العقد محل التكيّيف لأنظمة قانونية مختلفة، هكذا كل جزء من المعاملة

يخضع لنظام قانوني مناسب. مثلا جزء من العقد يعتبر بيع و جزء آخر يعتبر مقاولة و هكذا[1]. و قد يكون التكيّيف التوزيعي بالتتابع أو بالتجزئة، دون أن يكون التكيّيف مستحيلا[2]. و هذا النوع من التكيّيف يُظهر مدى نسبية قواعد العقود المسماة.

## الفرع الثاني: حالات التكيّيف التوزيعي

يمكن أن يتم التكيّيف التوزيعي أو مختلط بطريقتين مختلفتين، إما بالتجزئة و إما بالتتابع[3]، ويظهر ذلك فيما يلي:

### أولا: التكيّيف التوزيعي بالتجزئة

و هو أن يخضع كل عنصر من عناصر العقد و في نفس الوقت لقاعدة قانونية مختلفة، حيث يتعذر تغليب عنصر على آخر.

مثلا: العقد الذي يربط الزبون بمصلح السيارات، حيث يقوم المصلح بتصليح السيارة مع تقديم قطع الغيار فهو يجمع بين المقاولة بالنسبة لتصليح السيارة فتسري عليه أحكام عقد المقاولة، و البيع بالنسبة لقطع الغيار حيث تسري على آثاره قواعد عقد البيع من ضمان العيوب الخفية و غيرها ويكون ذلك في نفس الوقت. على أن تكون قيمة قطع الغيار تافهة الثمن بالمقارنة مع الخدمة التصليح التي هي العنصر الأساسي في العقد، أو أن يكون تقديم قطع الغيار هو العنصر الأساسي في العقد حيث التصليح بواسطة تركيبها على السيارة لا يتطلب جهد كبير و مهارة عالية.

---

1 – P. PUIG, op cit, p28.

2 – J. Ghestin et autres, Traité de droit civil, Les effets du contrat, op cit, n° 94, p 104.

3– نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص 278. و F.c. Dutilleul et Ph. Delebecque, op cit, p 12. Et Ph. Malaurie et L. Aynés, op cit, n°14, p12.

و كذلك التكيّيف بالنسبة لعقد الفندقة الذي يعتبر من العقود المسماة[1]، حيث تنص المادة 07 من القانون رقم 99-01 المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة[2] على ما يلي:

"يقصد بعقد الفندقة، في مفهوم هذا القانون، كل عقد يلتزم بمقتضاه الفندقي، الذي يمارس نشاطه بمقابل، بإيواء الزبون مؤقتا دون أن يتخذ هذا الأخير الفندق مسكنا له، والمحافظة على أمتعته التي يودعها في المؤسسة، و تقديم خدمات إضافية له عند الحاجة مقابل موافقة الزبون على تعليمات النظام الداخلي و دفعه مبلغا تقدر قيمته حسب نوعية الخدمات".

يعتبر عقد الفندقة من العقود المركبة، حيث يمكن تحليله إلى أكثر من عقد، و هذا التداخل في العقود يتم في جو من الحرية، فالفندقي لا يشترط على الزبون أن يشتري من مطعمه، بل يدع له الخيار في أن يشتري من مطعمه أو أي مطعم آخر خارج الفندق أو غير ذلك. فعقد الفندقة ينطوي على عقد إيجار بالنسبة للغرفة؛ حيث يلتزم الفندقي بإيواء الزبون لمدة مؤقتة. و ينطوي على عقد الوديعة بالنسبة للأمتعة التي يودعها الزبون في المؤسسة الفندقية. كما يمكن أن ينطوي على عقود أخرى حسب ما يقدمه الفندقي للزبون في إطار الخدمات الإضافية المقدمة، كعقد البيع بالنسبة للمأكولات و المشروبات؛ و عقد مقاولة و عقد النقل حتى عقد الرهن في بعض الحالات حسب اتفاق الطرفين ويلتزم الزبون جراء كل ذلك بدفع المقابل.

و بالتالي عقد الفندقة ينشئ التزامات متعددة تنتمي إلى أنواع مختلف من العقود، فتجتمع كلها لتصل إلى حد إتحادها و تكوينها لعقد واحد، بحيث لا تجتمع هذه العقود دون عقد الفندقة ذاته، و إن كان عقد الفندقة من العقود المسماة التي خصها المشرع بتسمية خاصة وتنظيم خاص به.

حيث لا يمكن تغليب أي عنصر على آخر في إطار عقد الفندقة، مثلا: لا يمكن تغليب عقد الإيجار في عقد الفندقة بالرغم من أن عقد الإيجار من العقود المهمة و الرئيسة في التعاقد مع الفندق حسب ما ورد في القانون. حيث تعتبر المؤسسة فندقية كل مؤسسة تستقبل

---

[1]- ملحق رقم 01 : القانون المتضمن المقصود بعقد الفندقة والالتزامات المترتبة عنه في المادة 07 منه.

[2]- قانون رقم 99-01 مؤرخ في 19 رمضان عام 1419هـ الموافق 6 يناير سنة 1999 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة.

الزبائن لإيوائهم مع تقديم خدمات إضافية لهم أو بدونها[1]. لأن عقد الإيجار العادي يختلف عما هو عليه في عقد الفندقة، فحجم العمل الذي يلتزم به الفندقي يختلف عن الحجم المطلوب من المؤجر. فالفندقي يلتزم بتقديم سلسلة من الخدمات الأخرى كتوفير جهاز هاتف في غرفة العميل، و مطعم، و مغسلة، بعد التزامه بإعداد غرفة لزبونه، حيث لا يكتفي فقط بوضع تحت تصرف الزبون مكانا ينزل به؛ و إنما يجب عليه اتخاذ الإجراءات التي تضمن سلامته. و إن كانت هذه الخدمات ثانوية بالنسبة للالتزام الرئيسي بإعداد الغرفة، فهي من مميزات العلاقة بين الفندقي و زبونه. أما فيما يتعلق بالزبون، فإن المستأجر في عقد الإيجار يقوم بدفع فواتير الكهرباء، الماء، الغاز، وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي، أما في الفندق فلا يتحمل شيئا مما سبق، إذ يقتصر التزامه على دفع الأجرة اليومية للغرفة التي استأجرها.

كما يتعين على الفندقي قبول إيداع أغراض الزبون كالوثائق الهامة و الأشياء الثمينة والمبالغ المالية في خزينة المؤسسة الفندقية مقابل وصل يحمل اسم المودع و طبيعة الشيء وقيمته، عند الاقتضاء و كذا ساعة و تاريخ الإيداع[2]. كما للفندقي الحق في فحص الأشياء التي تسلم له لإيداعها كما له الحق أن يطالب بوضعها في علبة مغلقة أو مختومة[3]. ويعتبر ذلك عقد الإيداع، و تكون هذه الخدمة مجانية لترغيب زبائنها في البقاء في الفندق لمدة أطول، لكن للفندقي رفض قبول ودائع الزبائن إذا كانت من الأشياء المضايقة أو التي يرى أنه غير قادر على حمايتها[4]، بل له أن يعتذر عن قبولها.

أما ما يتعلق بحراسة الفندقي لغرف زبائنه فهو جزء من الخدمة التي يجب عليه أن يوفرها لهم، وهي داخلة في عقد الإيجار، فالفندقي ملزم ببذل العناية بتوفير كافة الوسائل التي

---

[1]- حسب المادة 04 من القانون رقم 99-01 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالفندقة، و التي تحدد المقصود بـ: " نشاطا فندقيا، مؤسسة فندقية، فندقيا".

[2]- المادة 27 من القانون رقم 99-01 المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة.

[3]- المادة 17 من القانون رقم 99-01 المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة. و إذا قبل الفندقي الأشياء المودعة يمكن له تحديد مسؤوليته عن كل إيداع بمبلغ يعادل خمسمائة (500) إلى ألف (1000) مرة قيمة الإيجار شريطة إشعار الزبون بذلك قبل الإيداع؛ و تكون مسؤولية الفندقي قائمة إذا لم يقبل إيداع أشياء من الواجب قبول إيداعها. و ذلك حسب نفس المادة.

[4]- المادة 18 من القانون رقم 99-01 المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة.

تضمن سلامة الزبون وأمتعته، فهو ملزم بتوفير الأمن للزبون، بحفظ أمتعته الموجودة في الغرفة، وحفظ سيارته الموجودة في مواقف الفندق.

و عليه تطبق أحكام مختلف العقود التي امتزجت في عقد الفندقة دون ترجيح أحدها على الأخرى. فتكيّيف عقد الفندقة باعتباره عقد مختلط أو مركب يكون تكيّيف توزيعي بالتجزئة، حيث تطبق أحكام العقود المكونة لعقد الفندقة بمختلف أجزاءه. حيث تطبق على كل عملية من العمليات القانونية التي يتضمنها العقد؛ الأحكام الخاصة بها، لكن في نفس الوقت يجب مراعاة الخصوصية التي ينفرد بها عقد الفندقة باعتباره يدخل ضمن الخدمات السياحية أساسا.

و يقاس على ذلك كل عقد تختلط فيه العمليات القانونية للالتزامات العقدية، حيث تتنوع الأحكام التي تطبق على العقد بتنوع و اختلاط و تداخل العمليات القانونية المكونة له حسب ما يتضمنه من التزامات و شروط و ما يتمتع به من خصوصية.

## ثانيا: التكيّيف التوزيعي بالتتابع

و هو أن يخضع العقد على سبيل التتابع لقاعدة قانونية مختلفة و يكون ذلك في حالة ما إذا كانت طبيعة العقد تتغير أثناء التنفيذ. و تحكم هذا العقد أحكام مختلف العقود التي يتضمنها، فمثلا ذهب القضاء الفرنسي إلى تبني تكيّيف مركب في قضية للعلاقة ارتبط بها زوجان بوكالة السياحة و السفر من أجل تنظيم رحلة إلى أمريكا الجنوبية اشتملت على السفر بحرا إلى الجهة المقصودة، ثم التنقل في القارة برا و جوا. حيث اعتبرت المحكمة أن الوكالة السياحية قد تصرفت بصفة مزدوجة، كناقل بحري و كوكيل عن الزوجين فيما يخص السفر عبر دول القارة، حيث طبقت على العلاقة العقدية أحكام العقدين معا[1].

و قد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عقد المقاولة الذي يتعهد فيه المقاول بإنجاز شيء مع تقديم المواد اللازمة لذلك، عقدا مختلطا. حيث يؤخذ بصدده بالتكيّيف التوزيعي، فيخضع لأحكام عقد البيع والمقاولة. و ذلك إما بالنظر إلى لحظة تنفيذ العقد، حيث يخضع العقد حتى التسليم لقواعد المقاولة، و بعد ذلك يخضع لقواعد البيع. إما بالنظر محل الالتزامات الناشئة عن

[1]- عدنان إبراهيم سرحان، نفس المرجع، ص 415.

العقد، فيخضع المقاول لقواعد عقد المقاولة فيما يقوم به من العمل، و يخضع لقواعد عقد البيع فيما يخص توريد المواد اللازمة لصنع الشيء[1].

و في كل الأحوال؛ التكيّيف لا يمكن أن يكون تجميعيا، يجمع بين تكيّيفين مختلفين في آن واحد و على مضمون واحد. فالعقد لا يمكن أن يكون عقد بيع و عقد هبة أو عقد بيع وإيجار في نفس الوقت و كتركيبة واحدة، نظرا لخصوصية كل عقد مقارنة بغيره. فإذا افترضنا وجود هذا الأمر و اعتباره ممكنا، فلا فائدة من وجود فئات قانونية متعددة تتميّز كل واحدة عن الأخرى، و تكون القواعد العامة كافية تفي بالغرض.

[1] – Philippe Malaurie et Laurent Aynés et piérre-yves Gauthier, op cit, p 57.

## خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما سبق يتبيّن أن عملية تكيّيف العقد تقوم على معايير تتحدد من مختلف العناصر المرتبطة بالعقد بصورة وثيقة حيث تسمح بتحديد نوع العقد و صنفه، خصوصا و أنه يتجسد في الواقع العملي عدد لا متناهي من العقود التي يمكن أن تنشأ بين مختلف أشخاص المجتمع. و تختلف هذه العقود باختلاف نوع الالتزامات التي يمكن أن يتفق عليها الأطراف المتعاقدة، و بحسب الصفة التي يتمتع بها الشخص المتعاقد، و تختلف كذلك باختلاف التركيبة التي يبنى بها كل عقد.

إن العناصر الأساسية التي يمكن الاستناد إليها في عملية تكيّيف العقد يتمثل بالضرورة في الالتزامات التي يقوم عليها العقد. فالعقد هو أهم مصدر من مصادر الالتزامات الذي استقطب الأنظار إليه، و كان و لازال محل دراسات جديدة جدية و معمقة بالنظر إلى أهميته البالغة من حيث الآثار القانونية و النتائج العملية التي يؤدي إليها سواء في حالة موافقته للقانون أو مخالفته له.

إلى جانب العناصر الأساسية المتمثلة في الالتزامات الأصلية و مساهمة بعض الالتزامات التبعية، فإن لصفة الأطراف المتعاقدة نصيب في عملية تكيّيف العقد، باعتبار أن الأشخاص المتعاقدة ليس لها نفس الصفة؛ وخصوصا مع التقسيم المفروض لمختلف فروع النشاط و تزايد موجة التخصص في مختلف مجالات الحياة، و لتركيبة العقد نصيب في عملية تكيّيفه.

و باختلاف أي عنصر من هذه العناصر من عقد إلى آخر سواء بصفة فردية أو في مجملها، فإنه بالضرورة يختلف نوع العقد تباعا. فكل عنصر يلعب دور معتبر في عملية تكيّيف العقد. وإن كانت العقود في الوقت الراهن عقود متطورة و متغيرة يصعب الوقوف على طبيعتها بسبب الكثير من التعديلات و التغيّيرات التي يدخلها الأطراف المتعاقدة و التي قد تغيّر من طبيعة العقود التي تكون موجودة من قبل، و تتداخل مجموعة من الالتزامات المتولدة عن العلاقة العقدية التي يرتبط بها الأطراف المتعاقدة و تتشكل تراكيب مختلفة. فإذا كانت هذه التراكيب يمكن لها أن تشكل وحدة متجانسة فإن ذلك يسمح بتبني تكيّيف موحد و تطبيق مجموعة من القواعد القانونية التابعة لفئة واحدة، أما إذا استحالة تشكيل هذه الوحدة و يصعب التوفيق بين مختلف مكونات العقد، فإنه يتم اللجوء إلى التكيّيف التوزيعي الذي يسمح بتطبيق مجموعة من القواعد القانونية تنتمي إلى فئات مختلفة على العقد الواحد بطريقة تراعى فيها حقوق الأطراف المتعاقدة، و يصان مضمون العقد. و يحدث هذا التوزيع

سواء في آن واحد فيكون التكيّيف توزيعي بالتجزئة، أو على مراحل متتالية في تنفيذ العقد فيكون التكيّيف توزيعي بالتتابع.

# الخاتمة

يعتبر التكيّيف دعامة فن القضاء وجوهر العمل القضائي، والقاعدة في ممارسة القاضي لسلطاته القضائية لا يكون له دور في إنشاء وتكوين التصرفات بالخصوص في نطاق العقد وما يصدره من أحكام يعتبر ناطقا ومقررا لما هو موجود كون العقد عمل رضائي بالدرجة الأولى.

عمليا وفي غالب الأحيان تقوم الأطراف المتعاقدة بإطلاق تسميات محددة على العقد الذي تدعي إبرامه وتحدد نوعه وبالتالي القواعد القانونية التي يخضع لها. ولكن هذه التسمية لا تكون دائما موفقة، فيكون على القاضي التكفل بهذه العملية الذهنية التي تقوم على تحديد نوع العقد من بين العديد منها، مما يسمح بإدخاله ضمن فئة معينة من أجل تطبيق الأحكام القانونية المناسبة بالطريقة المناسبة، بالاستناد إلى عناصر معينة بضوابط محددة، لضمان التطبيق السليم والصحيح للقانون، دون الانحراف عن الغرض المشروع للمتعاقدين، بإعطاء التكيّيف القانوني الصحيح للعقد الذي يغلب فيه المضمون عن التسمية.

وعملية تكيّيف العقد ليست بسيطة كما يبدوا للوهلة الأولى أن القاضي يفصل في النزاعات التي تعرض عليه وفقا لأحكام القانون، فهي من أدق المسائل باعتبار أن النزاع الذي يثور بين أطراف العقد ليس متجمد وثابت بل تتداخل فيه عدة معطيات معرضة للتغيّير حسب الظروف، وما للإرادة من سلطان في مجال التعاقد مع مراعاة النظام العام وحسن الآداب فيتجسد في الواقع العملي أنواع عديدة من العقود التي تنشأ بين مختلف أشخاص المجتمع.

لقد استدرك المشرع الجزائري الوضع سنة 2008 بتخصيص نص خاص بالتكيّيف في المادة 29 من ت إ م إ، حيث ينفرد القاضي بمهمة التكيّيف على أساس ما يتوفر لديه من وقائع دون التقيّيد بالتكيّيف الذي يصبغه الخصوم على تصرفاتهم، بعدما كان هذا الالتزام مفروض من طرف المحكمة العليا كما هو وارد في العدد القليل من القرارات المتعلقة بالتكيّيف، وهما من الضوابط الأساسية في عملية التكيّيف. إلا أن هذا النص القانوني الوحيد غير كاف، كونه لم يتناول معظم الجوانب المتعلقة بعملية التكيّيف ومختلف ضوابطها ومعاييرها، وذلك حماية لإرادة الأطراف المتعاقدة ولمبدأ القوة الملزمة للعقد في ظل سيادة القانون.

ومن خلال التطبيقات القضائية يتبين أنه بإمكان القاضي تقدير إعادة تكيّيف العقد حيث يتصدى لإرادة الأطراف المتعاقدة، فيكون عليه أن يعيد للعقد وصفه الصحيح وإبراز الطبيعة الدقيقة للتصرف دون

أن يتوقف ذلك على طلب من أحد المتعاقدان ودون أن يعتبر ذلك مساسا بالقوة الملزمة للعقد ما دام التكيّيف المعطى من قبل القاضي نابع من القانون. إلا أنه ترد على مبدأ إعادة التكيّيف بعض الاستثناءات التي كرسها الاجتهاد القضائي، حيث لا يمكن إعادة تكيّيف العقد في إطار مخالفة للنظام العام. ومثال ذلك حالة حيازة الحكم القضائي المتعلق بالعقد على قوة الشيء المقضي فيه، أو في حالة الأخذ بعناصر خارجية عن العقد، أو حالة المساس بحقوق مكتسبة، ويمكن أن يتوصل القضاء إلى تحديد حالات أخرى مستقبلا أمام غياب نص تشريعي يرسم معالمها.

وبالتالي فسلطة القاضي في التكيّيف ليست مطلقة بل مقيدة بهذه الضوابط ضمن حدود معينة لا يجوز تجاوزها في إطار التقيد بطلبات ودفوع الخصوم، لهذا وجب إخضاع سلطته لرقابة المحكمة العليا لتجنب تناقض القرارات القضائية وضمان التطبيق الصحيح للقانون باعتبار عملية تكيّيف العقد مسألة قانونية بإجماع من الفقه وتأكيد من المحكمة العليا، فالخطأ في التكيّيف يعتبر خطأ في تطبيق القانون ما يستوجب خضوعه لرقابة قضاة القانون.

وتعتبر عناصر العقد وتركيبته من أهم المعايير التي يمكن الاستناد إليها، حيث تلعب الالتزامات المتولدة عن العقد الدور الرئيسي والأساسي في تحديد تكيّيفه، من خلال الرجوع إلى التشريع الذي يلعب الدور الرئيس في تحديدها إذا كان من العقود المسماة، أما إذا تعلق الأمر بالعقود غير المسماة مسألة تحديد الالتزامات الرئيسية فيه تترك للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا ثبت حدوث اتفاق بشان هذه العناصر في العلاقة التي يفحصها القاصي يصدر حكمه مثبتا لانعقاد العقد. إلى جانب الالتزامات يستعين القاضي بالصفة التي يتمتع بها الشخص المتعاقد لتحديد تكيّيف معين للعقد، من خلال تحديد القواعد القانونية التي يخضع لها. وبعد التوصل إلى القواعد التي تحكم العقد محل البحث مجملا، تساهم الصفة التي يتعاقد بها أحد الأطراف في تعزيز موضوع العقد ويكتسي أهمية خاصة ويتم التوجه نحو قواعد قانونية خاصة بفئة محددة مسبقا بخصوص الحقوق التي تكتسبها والالتزامات التي تتحملها ومجمل أحكامها. فإذا توفرت في العقد المميّزات القانونية الخاصة بأي عقد مسمى يكيّف على ذلك الأساس، تمهيدا لتطبيق القواعد القانونية الخاصة به، أما إذا تبيّن أن العقد لا تتوفر فيه المميزات القانونية لأي عقد مسمى التي تتمتع بتنظيم خاص اعتبر عقد غير مسمى، ويلجأ إلى تطبيق قواعد النظرية العامة للعقد. إلا أن الرجوع إلى القواعد العامة لا يكون دائما كافي نظرا لخصوصية كل عقد بالمقارنة مع غيره، لذا يكون ضروري

تقريب العقد غير المسمى محل التكيّيف بأقرب العقود المسماة وتطبيق أحكامه عليه مع مراعاة تركيبة العقد من أجل اختيار الطريقة المناسبة لتكيّيفه.

وبتداخل الالتزامات المتولدة عن العلاقة العقدية التي ترتبط بها الأطراف المتعاقدة وتتشكل تراكيب مختلفة. فإذا كان بإمكان هذه التراكيب أن تشكل وحدة متجانسة فإن ذلك يسمح بتبني تكيّيف موحد وتطبيق مجموعة من القواعد القانونية التابعة لفئة واحدة، أما إذا استحالة تشكيل هذه الوحدة حيث يصعب التوفيق بين مختلف مكونات العلاقة العقدية، فإنه يتم اللجوء إلى التكيّيف التوزيعي الذي يسمح بتطبيق مجموعة من القواعد القانونية تنتمي إلى فئات مختلفة على العقد الواحد بطريقة تراعى فيها حقوق الأطراف المتعاقدة. ويكون هذا التوزيع سواء في آن واحد فيكون التكيّيف توزيعي بالتجزئة، أو على مراحل متتالية فيكون التكيّيف التوزيعي بالتتابع. ويتم ذلك بمراعاة مدى تجانس تركيبة العقد وما يتمتع به من خصوصية بالنظر إلى مجاله، حتى يتوصل في الأخير إلى التكيّيف الصحيح.

وبالتالي كل عقد تختلط فيه العمليات القانونية والالتزامات العقدية، تتنوع الأحكام التي تطبق على العقد بتنوع واختلاط وتداخل العمليات القانونية المكونة له حسب ما يتضمنه من التزامات وشروط وما يتمتع به من خصوصية.

تم بعون الله، ولا حوله ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

# المراجع

## I. المراجع باللغة العربية:

### 1. الكتب:

- **العامة:**


1. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1989.
2. أحمد شوقي عبد الرحمان، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، 1987.
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مضمون الالتزام العقدي، المطبعة العربية الحديثة، 1976.
4. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
5. أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات زين الحقوقية، ج 01، ب ب ن، 2007.
6. إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، جزء 08، عقد البيع، ب ب ن، 1995.
7. أنور سلطان و جلال العدوى، العقود المسماة، عقد البيع، دار المعارف، مصر، 1966.
8. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
9. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، بيروت، د ت ن.
10. حسن السعيد، الهادي إلى لغة العرب، الجزء الرابع، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت، 1992.
11. خليفة الخروبي، قانون مدني العقود المسماة، الوكالة- البيع- المعاوضة- الكراء- الهبة، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010.
12. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الطبعة الثانية، 2005.

13. سليمان مرقس:

- الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة 04، 1987.
- الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة 05، مطبعة السلام، القاهرة، 1990.

14. سمير السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ت ن.

15. شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد، التطبيق العملي للمسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2004-2005.

16. صخر أحمد الخصاونة، عقد التأجير التمويلي –دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي، دار وائل للنشر و التوزيع، الأردن، 2005.

17. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

18. عبد الحميد الشواربي:

- البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
- المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.

19. عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، 1953.

20. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، الجزائر، ط 01، 2009.

21. عبد الرزاق أحمد السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع و المقايضة، مطابع دار الجامعات المصرية، القاهرة، 1960.
- الوسيط في شرح القانون المندي، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 2003.

22. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، ط 02، 2011.
23. عبد العزيز سعد، طرق و إجراءات الطعن في الأحكام و القرارات القضائية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 03، 2006.
24. عبد المنعم فرج الصده:
- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- نظرية العقد في القوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
25. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني – العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط03، 2004.
26. علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
27. علي فيلالي، الالتزامات– النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، طبعة منقحة، 2008.
28. عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر،2002.
29. عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الثاني، التقاضي؛ الأحكام و طرق الطعن (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان الأردن، ط 02، 2006.
30. لحسين بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
31. محمد حسن قاسم:
- القانون المدني العقود غير المسماة دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2007.
- القانون المدني، العقود المسماة، البيع– التأمين (الضمان)– الإيجار، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2007.
32. محمد حسنين:
- الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983.

- عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 05، 2006.

33. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام–العقد و الإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 2000.
34. محمد رياض دغمان، إلزامية العقد دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، طبعة 01، 2010.
35. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بوزريعة، الجزائر، ط 2003.
36. محمد شريف عبد الرحمان، دروس في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، المسؤولية العقدية، مكتبة النهضة المصرية، ط01 ،1991.
37. محمد صبري السعدي:

- القانون المدني الجزائري؛ النظرية العامة للالتزامات؛ أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2004.
- الواضح في شرح القانون المدني– النظرية العامة للالتزامات– مصادر الالتزام– العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2009.

38. محمد علي سويلم، التكيّيف في المواد الجنائية؛ دراسات تحليلية تأصيلية و تطبيقية مقارنة بآراء الفقه و أحدث أحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.
39. محمدي–زواوي–فريدة، المدخل للعلوم القانونية؛ نظرية القانون، موفم للنشر، رغاية، الجزائر، 2000.
40. محمود عبد الرحمان، الوسيط في شرح أحكام الإيجار، الجزء 01، 1998.
41. مصطفى العوجي، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
42. مصطفى كمال طه، العقود التجارية و عمليات البنوك، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ط 01، 2006.
43. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1996.

44. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة، 2004.
45. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية؛ الاختصاص الدعاوى الخصوم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.
46. هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة–العقود التجارية العمليات المصرفية الأسناد التجارية الإفلاس، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، ط 01، 1997.
47. ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، ب ب ن، 2000.

- **الخاصة:**

1. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني– ماهيتها و ضوابطها و تطبيقها، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
2. أحمد هاني مختار، الصورية أنواعها إجراءاتها، بدون دار النشر، طبعة 2005.
3. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية؛ دراسة مقارنة، دار إقرأ للنشر و التوزيع و الطباعة، بيروت، لبنان، ط 03، 1983.
4. أنور طلبة، الصورية و أوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، 2004.
5. صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد–دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، ط01، 1997.
6. عبد الحكيم فوده، الوعد و التمهيد للتعاقد و العربون و عقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، مصر، 1992.
7. عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
8. عزت حنوره، سلطة القاضي في نقض و تعديل المعاملات، دراسة تفصيلية لمدى سلطة القضاء في الخروج على مبدأ سلطان الإرادة بإلغاء أو تعديل الإعمال الإرادية للخصوم، ب د ن، 1994.

9. محمد نور عبد الهادي شحاته، سلطة محكمة النقض في استبدال الأسباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
10. محمود أحمد إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، 1982.
11. ناصر أحمد إبراهيم النشوى، عقد الاستصناع، التكيّيف الشرعي و القانوني لحكم التعامل به، دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
12. نبيل إسماعيل عمر:
- الوسيط في الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
- سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2002.

### 2. رسائل الدكتوراه:

1. آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، رسالة دكتوراه، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط 01،، 2001.
2. حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه دولة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1996.
3. سعيد طربيت، عقود العمل محددة المدة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
4. سليمان محمدي، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
5. صفية عبد العزيز الشرقاوي، التكيّيف الشرعي لشركات المضاربة الإسلامية، الآثار المترتبة عنها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991/07/25.

6. محمد حبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري و في الشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1988.

### 3. رسائل الماجستير:

1. إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1995.
2. جميلة بولحية، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1983.
3. سهام بشير، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
4. عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1983.
5. فاطمة عاشور، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2004.
6. لخضر حليس، الإرادة بين الحرية و التقيّيد دراسة في نطاق القانون الخاص، ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1 ، 2010-2011.

### 4. المقالات و الدراسات القانونية:

1. أحمد أبو الوفا، تسبيب الأحكام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مطبعة جامعة الإسكندرية، 1957، السنة السابعة، ع01 و02 ، ص03.
2. أسعد الكوراني، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، ع01، السنة 40.
3. جمال فاخر النكاس، الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود و التصرفات – دراسة في قضاء التمييّز الكويتي و القانون المقارن، مجلة الحقوق، سنة 1999، ع 02.

4. حاج صدوق الجيلالي، دعاوى الملكية و دعاوى الحيازة تعليق على القرار رقم 206296 ( Action pétitoires et action possessoires Commentaire de l'arrêt n° 206296، نفس المقال باللغة الفرنسية، ص 176)، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2010، عدد خاص، الجزء الثالث، ص 161.

5. السعيد سليماني، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2007، ع 04، ص 209.

6. شوقي بنّاسي، الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، سنة2009، ع02.

7. شوقي بناسي، الصورية الشفعة تعليق على قرار المحكمة العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2008، ع 01، ص 149.

8. عدنان إبراهيم سرحان، العلاقة بين وكالات السياحة و السفر و عملاءها؛ الطبيعة القانونية؛ الإبرام؛ التنفيذ و المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الحادي و الثلاثون، 2007، ع03، ص 395.

9. غنيمة لحلو، القوة الملزمة للعقد؛ استبعاد القسمة بالاتفاق تحريف قضاة الموضوع العقد؛ تعليق على قرار رقم 547042، (La force obligatoire du contrat ; Exclusion du partage par convention, Dénaturation du contrat par les juges du fond, Commentaire de l'arrêt n° 547042، نفس المقال باللغة الفرنسية، ص316)، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، سنة 2010، العدد الخاص، ج03، ص 309.

10. محمد أمين مزيان، قراءة نقدية لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، سنة 2010، ع09.

11. محمد بن سالم، التنزيل على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة المحكمة العليا، 2006،ع 01، ص13.

12. محمد صبري السعدي، نظرية البطلان، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية بجامعة قسنطينة، دار البعث للطباعة و النشر و التوزيع، قسنطينة، الجزائر، السنة الأولى، ع 01، 1982، ص 93.

13. محند أمقران بوبشير، الجديد في طرق الطعن في أحكام القضاء المدني في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، مجلة سداسية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 01، 2009.

14. مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكيّيف الفقهي للأعمال المصرفية المعاصرة؛ مفهومه؛ و أهميته؛ و ضوابطه، مقال منشور في مجلة –العدل– ، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، سنة 1426هـ، ع 28، ص 44.

15. ناجي ليشاني، نظرة حول قانون الأسرة(المواريث)، الندوة الجهوية حول قانون الأسرة، عنابة في 1998/11/26، الغرفة الجهوية للموثقين ناحية الشرق.

## II. المراجع باللغة الفرنسية:

### 1. الكتب: Les livres

1. Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, Droit civil, édition Dalloz, Paris, 8e édition, 2005.
2. Christian LARROUMET, Droit civil, T 3, Les obligations, Le contrat, 3e éd, DELTA, Economica,1996.
3. Daniel MAINGUY, Contrats spéciaux, Dalloz, Paris, 6e ed, 2008.
4. F.C. DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 8e éd, 2007.
5. Gabriel Marty, La distinction du fait et du droit (Essai sur le pouvoir de control de la cour de cassation sur les juges du fait), paris, 1929.

6. Jacque GHESTIN et Christophe JAMIN et Marc BILLIAU ; Traité de droit civil ; Les effets du contrat ; 2éd ; LGDJ ; Delta.

7. Jacque GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3e éd, LGDJ, DELTA, paris, 1993. et 1996.

8. Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure civil, Dalloz, 25éd, paris, 1999.

9. Jean-Pierre SCARANO, Dictionnaire de droit des obligations, ellipses, 1999, Paris.

10. Jerome HUET, Traite du droit civil, Les principaux contrats spéciaux , LGDJ, Paris, 1996.

11. Pascal PUIG, Contrats spéciaux, Dalloz, 2e édition, 2007.

12. Paul-Henri AUTONMATTEI, Jacques RAYNAUD, Droit civil, contrats spéciaux, litec, 4éd, 2004.

13. Philippe Malaurie et Laurent Aynés et piérre-yves Gauthier, Droit civil, les contrats spéciaux, Defrénois, 2e édition, 2005.

### 2. الرسائل: Thèse

1. François TERRE, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse, paris, LGDJ, 1957.

2. Jean-Francis OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux, Thèse de Doctorat en droit, LGDJ, Paris, 1969.

3. V. Rigaux François, La nature du control de la cour de cassation, thèse ; Bruxelles, 1966.

### Articles, notes et chroniques :مقالات .3

1. Abdessalam DIB, Les accords relatifs à la responsabilité contractuelle el le rôle du juge, Revue de la coure suprême, année 2008, n° 02, p 43.
2. Cécile PERES, La loi, le juge et la qualification du contrat, Revue des contrats, Paris, 2007, n° 03, p 671.
3. N. TERKI, L'interprétation et le contrat international dans le code civil algérien, revue de droit et pratique du commerce international, T 08, p 09.

# الفهرس

## الفصل الثاني: المعايير التطبيقية لتكيّيف العقد

### المبحث الأول: عناصر العقد كمعيار للتكيّيف

### المطلب الأول: الالتزامات العقدية



### المطلب الثاني: صفة الأطراف المتعاقدة



### المبحث الثاني: تركيبة العقد كمعيار للتكيّيف

### المطلب الأول: التكيّيف الموحد

## المطلب الثاني: التكيّيف التوزيعي